二上博士述

特238
458

民法

大正十四年度 商科 中央 大學講義

始

特238
458

帝國圖書館藏

民

二上博士述（非賣品）

法

完

大正
14. 6. 13
内交

大正十四年度 中央商科大學講義

民法目次

結論 …… 一

第一章 民法實體 …… 一

第一節 民法ノ本質 …… 一

第二節 民法法則ノ實體的分類 …… 六

第二章 民法ノ形體 …… 一〇

第一節 序說 …… 二〇

第二節 成文法 …… 二一

第三節 不文法 …… 二五

第三章 民法ノ解釋 …… 三五

第四章 民法ノ效力 …… 三八

第一節 民法ノ空間的效力 …… 三八

第二節 時間ニ關スル民法ノ效力 …… 四六

第五章 民法ノ沿革 …… 五〇

第六章　私法上ノ权利義務……五三
第一節　私法上ノ权利即チ权利ノ本質……五三
第二節　人ノ行為ノ自由ナリ……五四
第三節　私权ノ分類……五九
第四節　私法上ノ義務……七二
第五節　权利義務ノ発生存在及消滅……七八
第六節　权利ノ行使義務履行……八一
第七節　权利ノ侵害義務ト不履行……八四

本論

第一編　权利義務ノ主體……八八
第一章　序説……八八
第二章　自然人……八九
第一節　权利能力……八九

民法目次終了

民法総則

二上博士述

緒論

第一章　民法ノ実体

第一節　民法ノ本質

民法ハ法律ノ一部ニアル、而シテ法律ノ何ンタルカト云フ下ニ至リテハ古来学者ノ論説スル所ニシテ或ハ之ヲ以テ神意ノ直接若クハ間接ノ啓示ナリトシテヤル、或ハ之ヲ以テ自然ニ存在スル理法ナリトシ君主ノ命令ナリト説キ或ハ國民ノ約束ニ基クモノナリト論ス、或ハ口民ノ總意ナリト断定シ未タ学説ノ帰一スル所ナシ、今一々之ニ関スル説明評論スルコトハ法律哲学（法理学）ノ領分ナルカ故ニ之ヲ避ケ民法ノ概念ノ説明スル必要前提トシ余ノ最モ正当ナリト信スル定義ヲ挙ケ之ヲ分析説明セントス

即チ　法律ハ口家ノ承認スル人ノ行為ノ規則ナリ

第一、　法律ハ人ノ行爲ノ規則ナリ、

規則トハ一定ノ原因アルハ一定ノ結果発生スヘキ一般的ノ関係ヲ意味シ、然シテ人ノ行爲ノ規則トハ一定原因アル場合ニ於テ人ハ如何ナル行爲ヲナスヘカラスヤ又如何ナル行爲ヲナスヘカラスヤ又爲スヘキカノ法律(則)ニシテ即チ人ハ如何ナル範囲ニ於テ活動ノ自由ヲ有スルヤ換言セハ各人ノ活動ス得ヘキ範囲限界如何ヲ定メタルモノニ外ナラス、而シテ茲ニ行爲ト云フハ身体ノ運動ニ止ラス精神活動モ含包シテイル李者或ハ法律ハ人ノ外部的行爲ノ規則ニ過ス、精神的作用ハ宗教道徳ノ領分ニ属シ法ハ規定スヘキモノニアライト論スルモノモアルカ然シ刑法民法其ノ他ノ法律ニ於ケル過失トカ其他種々ノ精心活動ノ規則アルモノニアル、即チ一定ノ場合ニハ一定ノ心的活動カ爲ス事ヲ得ベシ、又ハナス事得ストキ一規則カアル然シカ故ニ法律ヲ以テ外部的ノ規則ノミタト式フ事ニ欠来ナイノニアル

第二　法律ハ国家承認シタルモノナリ、

人ノ行爲ノ規則ハ然ク法律ニ非ス宗教道徳モ亦人ノ行爲ノ規則ヲ包含スルモノナク人ノ行爲ノ規則ノ中唯国家ノ承認シタルモノノミカ法律テアル現時ノ法律ニ於テ国家トハ一定ノ人民カ一定ノ地域ニ居住シテ最高ノ权力カ之ヲ統治シテイル団体ナリ、

国家カ規則ヲ承認スルト云フハ其国家団体ノ最高权力カ之ヲ施行スルノ意志ヲ決定スルコトヲ意味シルモノナリ、而シテ国家カ法律ヲ承認スルニハ種々ノ方法形式カアル之ニ就テハ次章ニ詳ク研究ナスモノナリ、

法律ノ感念ハ大略以上ノ如シ、然シ乍ラ之ハ法律等ノ所謂法律ノ意義ハ所謂実質上ノ法律テアル此外法律ナル語ハ憲法ノ定メタル特別ノ形式ヲ有スル法律ノミヲ指示スル爲メニ用ヒラル即チ実質上ノ法律中帝国議会ノ協賛ノ協賛ヲ経テ判定セラレタルモノノミヲ特ニ法律ト称シ之ニ対シ其他ノ実質上ノ法律命令ト名付ケテアル此ヲ二ノ意味ニ於ケル法律ヲ持ニ之ヲ憲法上ノ法律或ハ形式上ノ法律ト称スルコトアリ吾人ノ研究セントスル民法ト称スルカ

トシテフ事ニ関シテハ本説ハ元ヨリ一致セサルナリ、

余ノ正当ナリト信スル定義ヲ以テ之ヲ説明セントス、

民法ハ普通私法ナリ

第一　民法ハ私法ナリ

法律ハ之ヲ公法私法ニ大別シ民法ハ私法ノ一部ナリ、従テ民法ノ意義ヲ明ニセントセハ先ツ私法ノ何ンタルヤノ解説カ必要ナリ、最モ公法私法ノ区別ハ本者論議ノ存スル所ニシテ遂ニ此ノ区別ヲ否定スル本者モアル然シ乍ラ我カ現行法上ニ於テハ到底此区別ノ存在ヲ否認スル事ハ我来ス蓋シ民法第一條及ヒ第二條ニ於テ私权ナル文字アリ之即チ我民法ハ权利ニ公利ノ区別アルコトヲ認ムルモノナリ、公权私权ノ区別ハ公法私法ノ区別ヲ前提スルモノナルカ故ナリ、即チ他ニ公法私ノ区別ヲ認ムル本説ヲ挙ケ評論セン

(イ)　目的説

此ノ説ニ依レハ公法ノ区別ハ公益私益ノ区別ヲ以テ標準トスルモノニテアル、即チ公益ノ保護ヲ目的トスル法律ハ公法ヲ私益ノ保護ハ目的トスル法律ハ私法ナリト説ク、然ルニ公益私益ノ区別ハ已ニ明瞭ニテナク若シ公益ト云フハ口家其物ノ利益ニシテ利益トハ個人ノ利益ナリト解スルトキハ法律ハ總テ口家ノ利益タル同時ニ個人ノ利益ヲ保護スルコトヲ目的トスルモノニテアル故法律ハ總テ公法タルト同時ニ私法ニシテ法律ニ公法ノ別ノナイコトニナル、即チ此ノ説ハ公法私法ノ分類ノ標準ヲ與ヘント試ミ却テ法ニ公私ノ区別ノナイモノト云フ事ヲ自白スルモノト云ハナケレハナラヌ、此如ニ於テ此ノ説ハ非スルモノ曰ク公益ノ保護ヲ直接ノ目的トスルモノヲ私法ルモノヲ公法トナシ、私益ノ保護ヲ直接ノ目的トスルモノヲ私法ト爲ス或ハ曰ク主トシ極根的ニ上記ノ如ク主張スルモノアリ、然シ乍ラ法律ハ總テ口家カ其口体ノ秩序ヲ維持セシカ爲メ承認スル所ニシテ其主タル目的又ハ直接ノ目的ハ常ニ公益ノ保護ニアルモノト云ハネハナラヌ從テ此ノ弁護説ニ依ルモ法ハ總テ公法ナリ公私ノ別ヲ無視スルコトヽナルノテアル、

(ロ)　主体説

実質説

此ノ説ハ法律ノ規定スル関係ノ主体ヲ標準トスル、即チ私人相互ノ間ノ法律関係ヲ規定スルモノカ私法ニテ国家ト私人トノ関係ヲ規定スルモノカ公法ナリトス、然シ乍ラ同一ノ法規ニシテ私人相互ノ間ニモ適用セラレ又国家ト私人関ノ関係ニモ適用セラレタルモノカアルノテアル、例ヘハ売買、受負其他ノ契約ニ関スル規定ノ如シ若シ主体説ニ従フトキハ之等ノ法規ハ公法ニシテ且ツ私法トナリ其区別ノ標準無キコトヽナル、然モ此ノ如キ法規ハ今日ノ法律感念ニ於テ私法ナリトハ論ヲマタサル所ナリ、故ニ論者或ハ斯ノ如キ場合ハ国家カ私人ノ資格ニ於テ私人ト対立スル所ノ関係ニアラス故ニ其ノ関係ヲ支配スルモノハ公法ニ非スシテ私法ナクト弁解スルモノテアル然シ乍ラ法律ノ規定スル関係ノ規定カ国家ト私人テアルノト私人相互ノトヲ以テ其区別標準ナリト前提シ乍ラ国家トシテモ時トシテハ私人ト見做サヽル可カラス、之又区別ノ標準ヲ奪ヘントシテ何等ノ標準ヲ示サヽルモノテアル

此ノ説ハ法律関係ノ定義ヲ区別ノ標準トナスモノテ権力関係ヲ規定スル法律ハ公法テアツテ平等関係ヲ規定スル法ハ私法ナリト為ス、而シテ権力関係ナリト解スル時ハ民法上ノ方ニ対シテ張力ヲ以テ施行スル関係ナリト解スル時ハ民法上ノ正当防衛権及懲戒権即チ二〇条八八ニ條ハ公法テアツテ之方ハ権利ハ公権ナリト云ハネハナラヌ様ニナル併テ今日ノ法理ニ於テハ公法、公権ナリト云フハ到底観念スルハ施ハス、故ニ之モ亦今日ノ法理ニ合ハス、

以上諸説悉ク吾定シ得サル所ニシテ然シテ公法私法ノ区別ハ之ヲ認ネハナラヌトセハ何ヲ以テ其ノ標準ト為スヘキヤ余ノ信スル如ニ依レハ、

公法トハ国家ノ主権行使ニ関スル規定ナリ、之ハ詳言セハ如何ニ国家ハ其主権ヲ行使スヘキカヲ定メタルモノヲ云フ公法ハ總テノ権力関係ヲ規定スル法則ヲ包含スルモノテアル、権力関係ノ中テ最高権力関係即チ主権関係ヲ規定スル関係カ公法テアル国家カ如何ニ其主権ヲ公使シ私人カ之ニ対シテ如何ニ行動スルヤ公法ノ

内容トナルノテアル、私方ノ感念ハ公法ノ感念ノ確定ニ依リ消極的ニ定マル即チ公法以外ノ法律ヲ即チ私法テアルノテアル、

法ヲ公私ノ別ニ分ツニ就キ大イニ注意スヘキコトアリ法ハ行為ノ規則ナクトシタナレハ法ハ主权ノ行動ト云フ行為ノ規則其他ノ行為ノ規則ニ区別シテ分類正確ナリ然ト其法ヲ組織スル知ノ規則中ニハ直接ニ行為自由ノ限界ヲ規定スルモノト單ニ行為ノ規則ノ解釈規定ニシテ直接ニ行為ノ限界ヲ規定セサルモノトアリ而シテ是等ノ解釈規定ノ中ニテハ主权行動ノ規則ヲ解釈スルト同時ニ主权行動以外ノ行為ノ規則ヲモ解釈スルモノカアル、例ヘハ民法一三八以下數条ノ期間ニ関スル規定ノ如シ故ニ公法私法ノ区別ハ法則ノ分類ナリトスル代ハ同一法則カ公法ニシテ且同時ニ私方トナリ正確ナル分類ヲ為スヲ得サルコトヲ注意スヘキナリ

第二　民法ハ普通法ナリ

民法ハ私法ナリト雖モ私方ノ全部民法ニ非ス即チ私法ハ普通法カ民法ナリ然ラハ普通法ト特別法トニ区別スル此ノ区別ハ法律ノ效

カ及ニ範囲ノ広狭ヲ標準トスルモノテ此ノ標準ニモ種々アリ、其一ハ法律ノ效カノ及ブ地域ヲ標準トナシ全国又ハ広キ地方ニ效カヲ及スモノハ普通法テ之ニ対シ其ノ一部地方ニノミ効力ヲ及ホスモノハ特別法ナリトナスノテアル、独逸英吉利ニ於テ普通法ト當スハ此類ナリ、我ノ国ニ於テ憲法法律勅令等ハ此意ニ於ケル普通法テ制令律令其他植民地長官等ノ発スル命令等ハ一地方ノミニ效力ヲ及ホスモノナレハ民ノ意ニ於テル特別法ナリ、而シテ今我々ノ研究セントスル民法カ普通法テリト云フハ此意味ニ於テ云フノテアルカ然シテ一地方ノミニ行スル、所ノ法律即チ此ノ意味ニ於ケル特別法ナリト雖モ次ニ述フル第二ノ意味ニ於ケル普通私法テアル限リハ尚之ヲ民法ト称スルコトカ出来ルノテアル即チ朝鮮台湾ノ民法ト云フモ無意味テハナイノテアル、其ニハ法律カ適用セラルノ社会現象ヲ支配スル知ノ法律テアツテ而シテ又其種ノ社会現象中ノ現象ノミヲ支配スル法律カアルトセハ此ノ二ツ法律ハ普通法ト特別法ト ノ関係ヲ有シ前者ハ普通法テ後者ハ特別法ト云フノテアル、例ヘハ人ノ一般ニ関ス

ル法律ト特別ノ人望族々ハ華族ノ如ク又無能力等ニ関スル法律トハ普通法ト特別法トノ関係アリト云フ事ヲ得。又法律行為中ニ契約アリ契約ノ中ニ売買ノ一種ニ商事売買アル故ニ法律行為一般規定ト契約ノ規定。契約ノ規定ト売買ノ規定、売買一般ノ規定ト商事ノ規定トハ夫々普通法ト特別法トノ関係ヲ有スルモノナリ由之観之普通性ト特別法トノ区別ハ矛一ノ意義ニ於テモ又二ノ意義ニ於テモ絶対的ノモノデナクシテ相対的ノモノデアル、単独ニ一ツノ法律カ普通法ナリヤ特別法ナリヤハ断定スルコト出来ヌ二方比較シテ其ノ区別ヲ為シ得ヘキ也故ニ民法ヲ余カ普通法ナリト云フモ其範囲ト確然タルモノニ非ス、前記ノ例ヲ以テ説明スレハ法律行為タル契約ノミニ関スル規定ハ既ニ民法ニ非サルナリ、又契約ハ勿論契約ノ一種タル商事売買ノ規定ノミヤ私法ノ特別法ニ入ルベキモノナリ、現今ニ於テ私法ノ全部カ民法中ニ入ラル事ハ明ナルトナレトモ如何ナル事項ニ特別ナ私法ヲ民法ノ感念ヨリ除去ヘキモノナリヤノ問題ニ就テハ尚未決定シナク現今最ク口ニ於テハ商事特別ナル私法ヲ商法ト称シ民法ノ感念ノ中ニ包含セラレナクモノトシテ大ル然シ乍ラ其他ノモノカ多ク民法ニ属スルト云フコトナリ尚鉱業所有権法著作権法其他種々ノ特別私法カアル故ニ私法ヲ民法ト商法ニ分類シ私法トハ民法ト商法ノ總称ト云フト正確ナル説明ナイ名口ノ私法ト一般ニ口際私法ト云フモノアリ之ハ外口ニ関係アル私法関係ニ如何ナル口ノ私法ヲ適用スヘキカヲ定メタル法則ナリ此口際私法モ亦私法特別法ナル故民法ノ中ニ入ランノデアル以上ヲ以テ民法ノ私法中ノ普通法ナリ学者往々民法ノ観念ニハ前記ニ要素ノ外尚他ニ要素アルコトヲ主張シ又ハ前文ト異ナル説ヲ唱スモノアリ次ニ論詳セン

第一説　或学者ハ民法ハ実体法ヨリ成立スルモノニシテ手続法ヲ包含セスト説ク

法ヲ分類シテ実体法（主法）ト手続法（形式法ノ即法）トナス事ハ普通ナルモ此ノ区別ノ標準ニ就テモ学説ト異タ区々ナリ、或学者ハ実体法トハ権利義務ヲ定メタル法律ヲ手続法ハ其ノ権利義務ノ実行ニ関スル規定ナリトスル然シ乍ラ法ハ総テ権利義務ノ規定所謂手

法ト雖モ又或権利義務ヲ規定スルモノナリ斯ルカ故ニ此説ハ区別ノ標準ナラス或学者ハ手続法ハ已ニ定レル権利関係ノ実行ニ関シ権利関係ヲ規定スルモノ丶テ他ノ法律ニ従属シ附隨スル法律テ独立存在ノ目的ヲ有セサルモノナリト云ヒ、実体法ハ権利関係法ヲ規定シ而モ独立存在ノ目的ヲ有スルモノナリトス、然シ乍ラ此区別ニ依ル民ハ民法ハ実体法ニ限ルト云フコトヲ出来ナイ何ントナレハ民法中ニハ独立存在ノ目的ヲ有セス唯他ノ法則ニ附隨スル法規ヲ含蓄シテカカラテアル又或学者ハ実体法手続法ノ区別ヲ原権法律救済、法律即反一般法ヲ二ノ区別ヲ混同シテ実体法トハ原権ヲ定メル法律テ手続法トハ救済権ヲ定ムル法律トナスノテアル、然シ乍ラ救済権トハ権利ノ侵害ニ依ツテ生スル権利テ例ヘハ不法行為債務不履行ニ因リ損害賠償ノ請求権ノ如キモノナリ、故ニ此ノ説ニ従ヘハ通常民法ノ規定ニ属スト認メラルノ損害賠償ノ如キハ民法外ニ出テルコトナク、従テ此ノ説モ採用スルヲ得ス、或ハ又手続法ヲ口家ノ権力ニ依リ権利関係ノ実定又ハ確保ニ関スル法ナリト為スモノカアル斯ノ如クハ

即チ手続法ハ口家権力ト行為ノ法則テ即チ公法ニ属スルコトヽナル故已ニ民法ハ和法ナリト云フ以上ハ更ニ手続法ヲ包含セスト云フヿヲ附加スル必要ハナク之ヲ要スルニ実体法ナリト云フ事カ民法感念ノ一要素テアルト云フ説ハ見認スルヿハナイノテアル、

民法ハ口内法ノ一部ナリト説ク学説アリ又モ亦民法ノ定義トシテハ無用ノ言ナリ蓋シ公法私法ノ区別ハ考ニハ口内法ノ分類トシテ発違シタル感念ノミナラス假令此分類ヲ云ク適用スルトシテモ口際ハ公法ニ属ス従テ已ニ民法ハ私法ト云フ以上ハ口家ノ法ノ一部ナルヿ明白ナリ然シ乍ラ或学者ハ口条法ニモ口際ノ公法ト口際私法トノ別アルト説クノテアルケレト前述ノ如ク口際私法ト口外法ノ一部ナリ即チ外口ニ関係アル私法関係ニ自口ノ私法ノミヲ適用スルトスハ種々ナル不便ヲ生スルカ故ニ諸口ニ於テ右ノ如キ関係ニ就テハ場合ニ依リテハ外口ノ私法ヲモ適用スルヲ適当トシテ渉外的私法関係ニ何処ノ私法ヲ適用スヘキモノナルカヲ規定シタル法則ヲ謂ケテカル斯カル法則カ其口ノ口際私法ニシテ我口ニ於テハ法則丈三條乃至丈三

十条国法施行法一二五条一二〇条等ハ我口ノ口際私法テアル又假令口際私法ヲ以テ口際法トシテモ斯ヌル私法ノ特別法テアツテ民法ニ包含セラレナイコトカ民法ノ普通法テアルコトヨリ當然ニ生スル結論デアル

第二説　人稍モスレハ民法ノ慾念ヲ形式的ニ立メ民法ハ様々ニ法典民法ト論スルノテアルヽ然シ乍ラ民法法典ハ民法ト云フ法ヲ法典ニ編纂シタルノテ何ヲ民法典ニ編纂スヘキカト云フコトヤ重要ノ問題テアル側ヘハ民法ト云フ名称アル成文法カ民法ト云フナラ形法ヲ改称シテ民法ト云フナラ形法モ亦民法トナル斯ノ如キハ民法ノ慾念ノ実質的確定カ困難ナル故ヒ慾念ハ殆ント無意味トナル民法ノ慾念ノ実質的確定カ困難ナル故ヒ比較的容易ナ形式論テ難問ヲ避ケタノテアル、我民法法典モ普通私法ヲ網羅シテ了フコト其理想トシテカル、然シ乍ラ如何ナル程度テ此ノ理想ヲ実現シタルヤハ別箇ノ問題也、蓋シ民法法典ノ中ニハ公法法規モアリ又民法ニ入ルヘキ法ニシテ民法法典中ニ入ラスシテ他ノ法則中ニ編入サレタルモノアリ、

民法ナル言葉ハ口民ノ一般生活ノ規則ヲ指スモノトシテハ適当ナ名称ナリ、然レトモ其由来スル所ハ佛蘭ノ輸入物ナリ、更ニ其源泉ニ遡レハ口ーマ法恰モ日本語ノ民法ナル言葉ニ概当スル、

之カ民法ノ起源テアル然シ乍ラ此口ーマノ法律ハ近世ノ民法トハ其範囲ヲ異ニシテイル即チ之ハ口ーマノ公民間ノミニ適用セラルヽ法ヲ意味スル外口人間又ハ外口人トローマ人トノ間ニ適用セラレ可キ法テアル所ノ *jus gentium* ト云フモノト相対マル然ヲ一方ニ於テ私法ノミナラス公法ヲモ包含シ他方ニ於テ外口人ニ関スル普通私法トハ雖モ之ヲ包含セサルナリ佛蘭西ノ又ハ *droit civile* トモ云フ言葉モ実ニ民法トモ云フ語ニ概当シ我民法ト云フ言葉ハ実ニ此ノ言葉ヲ飜譯シタルモノテアル而モ此言葉ハ即チ普通ノ法ヲ意味スルモノテアル而モ此ノ言葉ハ即言葉ハ口ーマノ *Civile* ヲ意味スルモノテ我所謂民法ト其慾念ヲ同フス而シテ此 *Civil Bürgerliche* ト云フ言葉ノ由来又ヒ英口モ飜譯トタモノナリ然遠ノ *Civilis*

亦佛蘭西ノ Civil ト同意テアル又独逸ニ於テハ獨逸民法法典施行前ノ不文法ヲ Pandekten recht ト称シテ文其ノ不文法カ主トシテローマ法ノ Pandekten ノ法理ヲ承継シタル為ナアル以上ヲ以テ民法ノ感念ヲ略述シタルナリ、

第二節　民法法則ノ実体的分類

此ノ分類ニハ種々ノ標準アリ、

第一、固有法ト継受法

之ハ法ノ発生ノ沿革ニ依ル区別テアル一国ノ固有法ハ其口ニ於テ独立ニ発生シタルモノニシテ継受法ハ外口法ヲ採用シテ成立スルモノナリ、而シテ継受法ノ淵源タル外口法ヲ之ニ對シテ母法ト称シ母法ニ対シテ継受法ヲ子法ト称ス、

我口ハ大化ノ新制ニ於テ大イニ支那民法ヲ継受シ、明治ノ法典編纂ニ当リ亦ニ独佛ノ民法ヲ継受シタリ而シテ近世欧洲諸口ノ大部ハ多ク口ーマ法ヲ継受シタルモノナリ、

第二、普通法、特別法、原則法、例外法、

此ノ区別ハ全ク相対的ノ感念テアル普通法特別法ノ区別ト原則法、例外法トノ区別ハ同一ノ感念ナリヤ別ノ感念ナリヤハ独逸ノ学者間ニ議論アリ、予ハ同一ノ感念トナス、

第三、宣言法、変更法、

従来ノ法規ヲ改廃スル法規ヲ変更法ト云フ之ニ反シ慣習法タリシ法規ヲ成立ニ成立シ又法規ヲ解釋スル如キ従来ノ法ノ意味ヲ宣明スルニ過ギサル法規ハ宣言法ト称ス

第四、命令法、禁止法、許容法、

或説ニ於テハ法ヲ此ノ三種ニ分類シ命令法ハ或行為ヲ為スヘシト定メ(民二三四第一項ノ二三七)禁止法トハ或行為ヲ為スヘカラス(例、二一四、二一八)ノ規定ノ如キモノナリ許容法トハ或行為ヲナスコトヲ得ト定ムル法ニシテ(二〇六、二〇九、二一〇)ノ類テアル、此ノ如ク説明シテ然ニ人ノ行為ニハ作為ト不作為トノ二種アリ并謂命令法トハ作為ヲ命スル法ニシテ所謂禁止

法トハ不作為ヲ命スル法ニシテ所謂禁止法ト不作為ヲ命スルモノトアル命令法モ禁止法モ行為ヲ命スルニ於テハ一ナリ又所謂許容法トハ或人カ一定ノ作為又ハ不行為ヲ為シ得ルノ自由ヲ規定シタルモノニシテ他方ニ於テ其自由ヲ侵害スヘカラサルコトヲ前提トシ其ノ他人ニ一定ノ作為不作為ヲ命スルモノナリト云フヲ出来ハス要スルニ法ハ命令技禁止法ノ二種ニ出テス又法ハ總テ或行為ヲ命スル所ノ命令法ナリト説明スルコトカ出来ル從テ此分類ハ法文ノ形式又ハ法規ノ主観的認識ノ方法ニ依ル区別ニ過ナクコトヲ注意スヘキナリ、

第五、強行法、任意法、

法ハ一定ノ原因アレハ一定ノ結果カ発生スルト云フ規則ニヨリナル然シテ法規ノ中ニハ法定ノ原因ノ存スル場合之ニ対スル法定ノ結果カ必ス発生シ個人ノ意志ヲ以テ其ノ発生ヲ防止シ得サルモノアリ之ヲ名附ケテ強制法ト云フ、強制ニシテ施行スル義ナリ、民法三條乃至三十年ヲ以テ成年ト成スト及ヒ民法九〇条ノ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ヲ無效トスルノ規定ノ如キハ強行法ニ属スルモノニシテ當事者カ二十年以上ヲ未成年ト認メントスルモ能ハス公序良俗ヲ害スル事実ヲ目的トスル法律行為ヲ有效ト認メントスルモ不可能テアル之ニ反シテ法規ノ中ニハ當事者ニ於テ而シカ適用ヲ回避スルノ自由アル法律アリ、即チ當事者カ之ニ反スル意思表示ヲ為シタルトキハ法定ノ原因アルモ之ニ対スル法定ノ結果カ発生セス其意思表示カ即チ當事者カ特別ノ意思表示ヲ為サルル場合始メテ適用セラルヽ法規アリ、之ヲ任意法(隠意法)ト云フ当事者ノ意志ニ放任シテ強制セサル法ト云フ意味ナリ、例ヘハ売買契約ニ関スル費用ハ当事者雙方之ヲ平分シテ負担スル規定(五五八)又債務ノ弁済ハ債ハ債権者ノ現時ノ住所ニ於テモ之ヲ為スヘシ(四八四)然シ乍ラ當事者カ之ト異ナル意思表示ヲ為シ売買費用ハ必ス之モ平分セス弁済ハ必ス債権者ノ現在地ニ為スヲ要セス、

民法法典ノ中ニ於テ此二種ノ規定ノ割合ハ部分ニ於テ異ル第三編、債権編、相続編ニ於テハ強行法ヲ主ニ而シテ此強行法任意法ノ区別ハ甚タ重要ノ区別ニシテ我民法典ハ何々ノ規定カ強行法ニシ

テ何々ノ規定カ任意法ナルヤハ仮スシモ明示セス唯々、当事者カ反対ニ意思表示ヲナシタル場合此限リニアラス（四七〇、七三六）当事者カ反対ノ意思表示ヲ為シタル場合ニハ之ヲ流用セス（四六六ノ二〇、五〇五ノ二、五二五）又別段定メアルトキハ之限リニ非ス三八〇六四、二八一、二八五）又別段ノ意思表示ヲセサルトキ示シテオル場合アリ乍然此ノ如キ文自ヲ存セサル規定ハ總テ強行法ナリト断定スルヿハ出来ヌハ論ナキ所ナリ、故ニ或規定カニ者何レニ属スルカト云フコトハ須タ其法規ノ目的精神ヲ探究シテ個々ニ之ヲ決定セネハナラヌ又、以上ヲ以テ民法法規ノ実体的分類ヲ終ル、

第二章　民法ノ形體

第一節　序說

民法ニハ成文法ト不文法トノ二種アリ、而シテ成文法ト云フハ一口カ章文ヲ以テ制定シタル法規ヲ指シ不文法ハ其以外ノ法則ヲ総称ス従ッテ

a、文章ニ記載サレタルモノハ成文法ニ非ス、

b　文章ニ記載サレタルト云フハ文章ニ記載サレテ制定シタルモノニ非ス、成文法ニ非ス

c　文章ニ依リ成立シタル法則ト雖モ之ヲ制定シタル口以外ニ於テハ之ヲ成立法ト称スルコトヲ得ス

民法ハ此二種ノ形体中何ツレヲ取ルヲ可トスル乎ト云フニ成文法ハ之カ改廃ノ手続ヲナスニ非ル以上ハ時勢ノ変遷ニ應シ進化スルコトカ容易ナラサル不便アルトモ不文法ハ其内容不明ナルノ缺点カアル有限的ニ法ノ実質ヲ文章ヲ以テ従テ確定シタルモノニ非ヲ以テ時勢ノ変遷ニ従ヒ時代ノ要求ニ應シ進化シテ行動利益アリト云フヘシ氏ノ如ク此二種ノ形体ハ各々利害得失アリ容易ニ論断スヘカラス欧洲大陸諸口ハ一般ニ成文ヲ以テ民法ヲ制定スルコトヲ原則ト為シ英米ニ於テハ今尚不文法ヲ以テ原則ト為ス、我口ハ明治年代ニ於テ欧洲大陸ノ制度ニ倣ヒ民法ヲ成文法トスル原則ヲ取レリ、

第二章　成文法

成文法ノ中ニハ又法典ト單行法ノ別アリ、民法法典ト云フハ民法法規ヲ統一シタル一個ノ成文法ニ編成シタルモノニシテ單行民法ト云フハ民法ノ各部ヲ個々ノ独立セル成文法ト為シタルモノナリ、民法ハ此二種ノ形式中何レニ依ルヲ可トスルヤト云フハ民法ヲ法典ニ編纂スル民ハ主義貫徹シ法ノ意義ヲ鮮明ニスル利アレト單行法ニ比フルト其改正カ容易ナノ害アリ單行法ハ改正困難トナリ時勢ノ進軍ニ伴ヒ適当ニ進化スル便アレハ各單行法ノ主義ノ一貫ヲ缺ク甚タシキニ至リテハ往々矛盾ヲ生スルコトアリ遂ニ法ノ内容ヲ不明ニナラシム弊アリ、然シ乍ラ法ノ改正ハ相当ノ機関ヲ備ヘハ為シ得ヘキ事ニシテ不能ノコトニ非ス法ノ意義ヲ明ニシテ民ヲシテ遵従スヘキヲ知ラシムルニハ單行法ヨリ法典ニ依ルヲ勝レリトセネハナラス又欧州大陸モ此主義ヲ取レリ我国ニ於テモ又氏ノ主義ヲ則リ單ニ補充的刑外的規定ヲ單行法トシテ制定セリ、既ニ民法ハ法典トスルヲ可トスルトセハ如何ナル順序ヲ其ノ内容ヲ排置スヘキカトノ問題ヲ生ス古来諸口ノ法典ノ改廃ハ種々アルカ其主ナルモノハ次一ハ形式ニ依ル沿革体ヲ二変年体ヲ三辞典体乗四論理体ノ四種アリ而シテ沿革体ハ法ノ発達シタル厂表上ノ順序ニ依リ法ヲ編纂シタルモノナリ法ノ厂史ヲ研究スル為ニハ或ハ尊重スヘキモノナルカ法ノ内容ヲ明ニスルニハ利益少ナイ又変年体トハ法ノ公布セラレタル年月日ノ順序ニ依リ法ヲ編纂シタルモノニ過キス一箇ノ系統アル組織体ヲ為スニ非ス、法典ト云フヨリ單行法ノ集合ト云フヘキテアル故ニ單行法ヲ斉シテ法典トスル以上ハ此体裁ヲ採用スルコトヲ得ス又辞典体トハ辞書ノ体裁ニ習ヒ法律上ノ各種ノ感念及ヒ原則ヲ独立ニ研究スルニハ便ナルカモ知レサレト法律上ノ感念ハ各々密接関係アルモノニシテ各種ノ感念ヲ独立ニ研究シテモ法ノ内容ヲ明ニスルコトハ出来ナイノテアル従テ此ノ体裁採用ト難シ

要スルニ以上三種ノ体裁ハ皆省ヲ得タルモノニ非ス故ニ吾人ノ取ル可キモノハ第四種ノ体裁アルノミ此ノ体裁ハ論理上ノ根據ヨリ法ヲ排置スルモノニシテ此論理体ニモ種々ノモノカアルカ其一ヲ「ローマ」式ト称スハ彼ノ Justinian 皇帝ノ法令隋様ト云フ法典ニ依ヘル体裁ナリ、之ニヨルト法典ヲ分チテ第一人事編ニ財産編、第三訴訟論ノ三編トナス佛民法ハ此体ニ於テ此主義ニ従ツタノテアルケレド民法法典ノ中ニ訴訟

法ヲ入レルハ良クナイトシテ之ハ除外シ尚第二編ノ財産編ハ其範囲広般ナレハ其ノ中ヨリ財産取得編ヲ独立セシメタノテアル要スルニ人事編ト財産編ト[illegible]取得編トノ三編ハ三タノテアル、而シテ佛民法ノ母法トスル所ノ欧洲諸国民法法典ノ体裁ハ概ネ之ニ倣ッテヰル我カ旧民法モ佛民法ヲ母法トシテイタノテアルカ其財産編ノ中ニハ又債権擁保ニ関スル規定及ヒ証拠ニ関スル規定ヲハ始シ各々ノ独立ノ編トセリ要スルニ人事編ト財産編ト財産取得編ト債権擁保編ト所有編トノ五種編トシタノテアル

次ニ独逸式トシテハ民法総則物権債権親族相続ノ五編ニ分ツモノニシテ其中ニモ亦ニ種アリ、其一ツハ[illegible]式ヲ我民法ノ如ク物権法ヲ第二編債権編ヲ第三編トスル主義テアル、其ニツニハ[illegible]式トシテモ物権編ノ現行民法ノ如ク債権編カ第二編ヲ物権編カ第三編トナッテ居ル我国ニ於テ憲法上成文法ニハ法律ト命令トノ二種アリ民法ハ其何レニ依テ為スモ憲法上自由トナッテ居ルト解スルノテアル、然シ乍ラ民法法典及ヒ単行ノ民法規定ヤ法律トシテ制定セラレテアル以上ハ之ヲ改廃スルニハ又法律ニ依ラサル可カラサルハ言ヲ俟ス、然シ乍ラ法律ハ抵觸セサル限リ(範囲ニ於テ)今日尚命令ヲ以テ民法法規ヲ定メルコトカ出来ルト考ヘルノテアル条約ニ於テ直接ニ民法法規ヲ定メタル場合ニハ其規定ハ法令ヨリモ強キ効力ヲ以テ口内ニ行ハルノテ別ニ同一内容ノ法令ヲ制定シテ施行スル必要ハナイノテアル然シ反対論アリテ別ニ制定スル必要アリト為スモノアリ、

第三節　不文法

不文法トハ成文法以外ノ法ノ総名テアル而シテ不文法ノ中テ近世諸国ニ於テハ慣習法カ其ノ大部分ヲ占メテ且其ノ最モ重要ナル部分ナルカ故ニ不分法トハ即チ慣習法ノ別名ナルカ如ク説明スル学者カアルノテアル然シ乍ラ不文法ト慣習法ノ範囲異リ慣習法ハ不文法ノ一種ニ過キナイ慣習法ノ外ニモ種々ノ不文法アリ例ヘハ口頭テ布令シタルノ如シ此ノ如キ言語口頭法ハ大古ニ於テハ見レ共近世ニ於テハ甚タ稀ナリ、

諸説条理及ヒ外国法ニ法ニ効力ヲ認ルニ至リテハ近世ニ於テモ只例少ナクナイ是等ノモノカ成文法ニ依リテ法ノ効力ヲ認メラルヽ場合ニ於テ

成文法ノ実質ヲ補充スルモノナレ共成文法其モノニ非ス従テ不文法テアルノテアル況ヤ成文法ニ依ラスシテ法ノ效力ヲ認メラレテヰル場合ニ於テハ尚明ナリ、

甲、慣習法

慣習トハ一定場合ニ於テ一定ノ行為ヲナス慣習ヲ云フ斯ル慣習ハ或要件左ノ如シ

第一、法的慣習ナルヲ要ス

一定ノ場合ニハ一定ノ行為ヲナササルヘカラス又為スコトヲ得ト云フヲ慣習ハ恰ク慣習法ニ非ス其作為又ハ不作為カ权利義務ノ実行スル感念ヲ伴フニ依リ法タル效力ヲ有ス权利確信ノ添ハサル慣習ハ法ニ非ス而シテ法例第二条ハ慣習法成立ノ用件ヲ規定シテアル然シテ慣習ハ法的ナルモノヲ明記セス蓋シ此ノ性質ヲ備タル慣習ニ非レハ慣習法タルコトヲ得サルハ勿論ト前提シタノテアル

第二、公ノ秩序善良ナル風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メ

公ノ秩序善良ナル風俗ト云フハ国家ノ其他生存競争ノ基礎ヲ成スヘキ要件ヲ具備セル状態ヲ云フ此ノ状態ヲ害スルカ如キ慣習カ法タルノ效力ヲ有セサルコトハ明白ナリ何ントナレハ法ハ国家ノ生存発達ノ用具

法例第二条

公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ関スルモノニ限リ法律ハ同一ノ效力ヲ有ス、

一ナル故ニ法其モノカ生存発達ヲ害スル内容ヲ有スルコトナキハ勿論ナレハナリ、法例ノ第二条ハ明ニ此ノコトヲ規定セリ然シテ是レ法ノ本質ヨリ当然ニシテ必スシモ明記スルヲ要セス

第三、法例ノ規定ニ依リ認メラレタルモノ又ハ法例ニ規定ナキ事項ニ関スルモノタルヲ要ス

法例ノ明文ニ依リ法力ヲ認メラレタル慣習カ法ノ効力ヲ有スルコトニ就テハ議論ノ餘地ナシ苟モ人ノ行為ノ規則ヲ包含セルモノニ法例ノ明文カ法タルノ力ヲ認メタル場合ニハ其モノカ慣習タルヲ外口法條理説其ノ他ノモノタルヲ問ハス皆等シク法ノ效力カリト規定セ

ル例ハ民法二一九ノ三、二二八、二六三、二七七、二七八ノ三、朝鮮民事令一〇乃至一二ニ関東州裁判事務取扱令二、三、等ノ如シ是等ノ法例ニ於テハ普通本ニ慣習ニ依ルトアルハ前記オ一及ヒ二ノ要件ヲ具備スルモノニアラネハナラヌト勿論ナリ、

次ニ法例（命）ニ規定ナキ事項ニ関スル慣習トハ何レソヤ元来法令ニ規定ナキ事項（トハ存在スルハズノ慣習ヲ法ハ一切ノ事項ヲ規定スルモノナリ古ノ法ノ格言ニ「裁判官ハ法ノ不備ヲ理由トシテ裁判ヲ拒ムコトヲ得ス」如何ナル事項ニ関シテモ其法律問題ヲ裁判スヘキモノナルトセハ法ノ規定セサル事項ナシト云ハネハナラヌ然シ乍ラ一国ノ法トハ其口ノ成立法ナシ又近世ノ口家ニ於テモ複雑ナル萬般ノ事項ヲ悉ク成文規定ヲ以テ網羅スルコトハ不能ニ属ス従ツテ一口ノ成文法ハ或問題ノミヲ解釈シテ他ノ事項ヲ不問ニ附スコトアルハ当然ナリ、此ノ如キ不問事項ヲ法則ニ規定ナキ事項ト称スルーテアル或ハ法則ノ禁止セサルコトハ即チ我々ノ自由ノ範囲ニシテ成文法ノ禁止セラレタル所ハ即チ之権利ノ範囲ナルコトヲ成文法即チ則法命カ認メタ故ニ成文法ナルコトヲ専断的ニ前提スル議論ニシテ其ノ前提カ誤レリ、成文法ト相並ヒテ不文法アルヲ知ラハ此ノ如キ議論ハ出来サルナリ

法令ニ規定アル事項ニ就テハ即チ慣習法ノ成立ス餘地ナリ、即チ慣習法ハ成文法ニ対シテ補充カヲ有スル事ヲ原則トス、但シ法令ニ於テ成文法変更ノ効カヲ與フル場合ハ此ノ限リニ非ス例ヘハ前記ノ民法二一九ノ三以下ノ諸条ノ如シ又商法ノ第一條ハ商慣習ハ商法ニ対シテハ補充カヲ有スルニ過ギサルト民法ニ対シテハ変更カアルヲ規定セリ

以上ノ要件ヲ具備セル慣習ハ法ノ效カヲ有スルコトハ我現行成文法ナルヽ法例第二條ノ認ムル所ナリ従テ此ノ如キ慣習ハ又恰ク法例ニ依リ認メラレタル慣習ナリトモフヲ得ヘシ然ラハ此ノ如キ明文ノナキ国ニ於テモ慣習カ法タルノ效カヲ有スルヤ否ヤ若シ然リトセハ其効力ヲ生ス可キ條件如何ン茶説ハ明文ノ意味ヲ問ハントシテ慣習ノ法的効力ヲ認ムル所ハ一般シテ大ル然シ其法ト為ル

ル要件ハ本說甚タ々ニシテ歸一スル所ヲ知ラス其主ナルヲ擧クレハ人生說、永續、慣行說、口家默認說、口民權信說、法庭承認說等ナリ何レモ其說ノ所以尠(少)カラス(ト)雖(モ)然(ラ)ト(シ)テ要領ヲ得ス或ハ明カニ誤謬ニシテ容易ニ賛成スルヲ得ス、我法例第二條ノ規定スル所ハ最モヨイ我口体ニ適合セル見解ニシテ我口ニ於テ法例文ニ種ノ明文ナリトモ同様ニ解スモノトト信ス

以上ノ要件ヲ具備シテ成立シタル慣習法ハ我口法上如何ナル效力ヲ有スルヤ法例第二条ニ依レハ法律ハ同一ツノ效力アリトアリ法律ト云フ言葉ハ定義的ノ法律ヲ指スモノテナイ形式的法律即チ憲法上法律ヲ指スモノテアル、從テ慣習法ハ憲法上ノ法律ニ依ルニ非サレハ又之ヲ改廢スルコトヲ得サルヲ原則トセサルヘカラス、然シ慣習ハ法律命令ニ抵觸セサル範囲ニ於テノミ法タルノ效力ヲ有スル故ニ命令事項ニ関スル限リ命令ヲ以テ慣習法ヲ変更スルコトヲ得ルモノナリト解スルノテアル然ラス慣習法ヲ以テ成文法ヲ改廢スルコトカ出来得ル蓋シ慣習ノ法ノ效力ヲ有スルニハ成文法ニ抵觸セサル範囲ニシテ從テ成立法ト衝突スル慣習法ハ発生スルコトヲ認ヘルヲ得サルナリ從テ慣習法ヲ以テ成文法ヲ改廢スルコトヲ要セナリ、又成文法ハ如何ニ永年之ヲ適用セスト云フトモ其ノ成文法ノ廢止原因トナラス、

然ラハ次ニ慣習法ハ慣習法ニ依リテ改廢セラル、慣習法カ法律ト同一ノ效力アリト云フ以上ハ之ニ反スル慣習ハ法律ニ反スル慣習ト同シク法ト為ルコト得サル如ク見ユルケレトモ法カ一定事項ニ関スル慣習ニ法力ヲ認ムルハ隨時現行ノ慣習ニ法力ヲ認メルハ云フ起旨故ニ從テ之ニ関スル新シキ慣習ハ改正セラル慣習法ノ不使用ハ終ニ其慣習法ヲ廢止セラルヽニ至ル、慣習法ニシテ成立法ニ反スル場合ニハ其成文法カ強行法タルト任意法タルトヲ問ハス其慣習ハ法タルノ効力ヲ有セス

民法九二条ニ於テ法例中ノ公ノ秩序ニ反セサル規定ニ異リタル慣習アル場合ニ於テ法律行為ノ当時者カ之ニ依ル意志ヲ有スルモノト認ムヘキハ其ノ慣習ニ從フト規定セリ公ノ秩序ニ関セサル規定トハ

任意法ノ意ナリ一見スルト慣習カ任意法ニ反スル場合ニ於テハ慣習カ法律行為ノ当事者ヲ拘束スルモノデアッテ慣習法タルヲ加ヘ難アリ如何ニモ之ハ慣習カ成文法ニ反シテイテモ公ノ秩序ニ反セサル以上法律行為ノ内容トシテ其当時者ヲ拘束スルコトノ出来ルト云フコトヲ認定セルモノニシテ成文法ニ反スル慣習カ当然法タルノ効力ヲ有スル場合ハ規定シタル非ス元来民法ノ解釈上法律行為ノ性質上意志表示トシテ明示的黙示的素示ヲ為スヲ要スルハ一般原則デアル唯任意法ニ反スル慣習アル場合ニ於テ其慣習ハ慣習法ト為ルコトハ出来ヌカ法律行為ハ当時若カ之ニ依ル意志ヲ以テスルモノト認メラル時ハ其意志カ明示的モ黙示的ニモ表示サレテ居ナイ場合ニモ法律行為ノ内容トシテ当事者ヲ拘束スルモノト為シ以テ一般原則ニ対シテ例外ヲ見セタノデアル強行法ニ反スル慣習ニ至リテハ之ニ従フ意志ヲ表示シタル場合ト雖モ法律行為ノ内容トシテ当時者ヲ拘束スルコトヲ得ス蓋シ九二條ノ例外規定ニ民法編纂ノ了旨上ノ任意法ニ反スル慣習ニ法ノ効力ヲ有セシムルト云フ説ト苟モ成文法ニ反スル慣習

ハ決シテ法力ヲ有スヘカラスト云フ説トノ中間ニ於而折衷説トシテ発生シタ故ニ以上ノ解釈ヲ以テ正当トナサネハナラヌ、此ノ明文ノ元ニ於テモ尚ホモ任意法ニ反スル慣習ハ慣習法タルコトヲ得ト主張スルコトヲ得之ヲ誤レル語トシテ云ハサルヘカラス、

乙　條理法

我口ノ現行法ニ於テ條理ヲ法ノ效ヲ有スルコトハ明治八年（法律）第一〇三号布告ニ明ナリ、即チ私法関係ニ於テ其ニ適用法スヘキ成文法モ慣習法モ無キ場合ニ於テ其関係ハ條理ニ於テ決定セネハナラヌトシテオル、而シテ其条理トシツハ人ノ行為ノ理想的規則一般ヲ指スノデハナクシテ权利義務ノ条理ヲ意味スルノデアル換言スレハ法律的條理即チ法律ノ理想ナリ蓋シ一方ニ於テ裁判官ハ法ノ不存在ヲ理由トシテ裁判ヲ拒ムコトノ出来ナイコトハ動スルコトノ出来ナイ原則ニシテ他方ニ於テ成文法ニモ慣習法ニモ規定ナキ事項カ存在スルモノナリトシタナラハ條理ヲ除イテ外ニ之カ法律準則タルモノカアリ得ナイ(Gierke)民法第一條ニモ裁判官ハ成文法モ慣習法モナキ場合ハ確

定ノ考説及ヒ先例ニ依リ已カ立法者タリシナラン斯樣ニ制定スヘキモノナリト云フ法規ニ從ヒテ裁判スヘシト定メテオル此ノ事ハ我口頭法Durrerの樣ニ明文ニ依リテ之ヲ認メテアルトキハ勿論ナントモ又此ノ如キ明文カナイトシテモ蓋シ其法論ハ蓋シ同一ナケレハナラヌ口家成立ノ始トテ於テ裁判ノ根據タルヘキモノト條理以外ニハ往々何物モナキコトカアル又既ニ成立法カ生シタル後ト雖モ之ニ規定ナキコトアリ、斯カル場合事項ニ関シテハ慣習法ノ発生スルコトカアルカ其発生ニハ相当ノ期間ヲ要スト未タ慣習法ノ制定セサル事項ニ関シ條理カ当然法タルノ効力ヲ有スルコトハ已ムヲ得サル所ナリ、

丙　判例及學説

裁判所及ヒ考者ノ諸説ハ成文法ノ住意ヲ知リ又ハ慣習法条理法案理式無證資料ナリト雖モ之ヲ以テ不文法其モノナリト認ムルハ認見タルヲ免レス蓋シ裁判官及ヒ考者ハ立法者ニ非ルカ故ニ新タニ法ヲ作成スルコト得サルナリ、然ル故ニ世間或ハ判例法考説法ト称スルハ適当ナル名称ニ非ス、

第三章　民法ノ解釋

法ノ解釋トハ法ノ眞義ヲ鮮明ニスルコトヲ云フ主トシテ成文法ニ就テ行フコトナレトモ不文法ノ中ニテモ口頭法ニ就テモ同シク行ハルヽモノナリ之ニ反シテ慣習法及ヒ條理法ニ就テハ法ノ発見ノ外ニ別ニ解釋スルモノナシト云ハネハナラヌ

法ノ解釋ニハ主性的解釋ハ考説的解釋トアリ、前者ハ成文法ヲ制定シテ以テ既存ノ法ヲ解釋スルコトヲ云フ後者ハ其他ノ方法ニ依ル解釋ニシテ裁判所ノ裁判所政官廳ノ處ル分考者ノ説明等ニ於テ行ハルヽモノナリ人民ハ立法的解釋ヲ有見的解釋ト名附ケルモノアレトモ此ノ名称ハ裁判所其ノ他ノ口家機関ノ職分上ノ解釋ヲモ包含スルカ如ク聞エルヲ以テ穏当ナラスト思フ、

成文法ノ解釋ノ文理解釋論理解釋ノ二種アリ、文理解釋ト文考ニ依テ法意ヲ闡明スルコトニシテ論理解釋トハ他ノ法則トノ関係ノ立法ノ目的制度ノ沿革母法タル外国法其ノ他ノ資料ニ依テ理論ニ從ヒ任意ヲ探究ス

ルコトヲ云フナリ故立法ヲ解釈スルニハ常ニ此ノ二種ノ方法ヲ用ユルヲ要ス而シテ論理解釈ノ方ハ文理解釈ニ対シテ補充的ノ方法タルニ過ギス文理上明白ナル注意ハ論理解釈ヲ以テ変更マルコトハ出来ナイ唯法意カ文理上一見解シ難シカ又ハ予数ノ欠ニ渡ル場合及ヒ文理上ノ一見意義明カナル如クナレトモ理論的考察シテ疑義ヲ生スル場合ニ於テ理論ニ依テ法意ヲ確定スベキモノトス、然ルカ故ニ許シ得ベキ拡張解釈縮少解釈及ヒ変更解釈ト称スルハ文理上容疑ノ余地アリ此場合ニ於テ理論ニ依リテ外観上ノ注意ヲ拡張シ縮張シ又ハ変更シテ解釈スルコトヲ云フナリ、例ヘハ本人ノ他人、家従人ハ一一三乃至一一五条一一七、一二〇、二〇〇、等其人ト云フハ夫一編第二章ノ所謂人ト異ツテ其人及ヒ法人ヲ包含スルモノト拡張的ニ解釈シ一七七、一七八条ノ禾三者ヲ善意ノ第三者ト縮少的ニ解釈シ二七六、二九八ノ三、四二〇ノ二、五三五ノ三、ノ諸条件ヲ成権ノ行使ト変更的ニ解釈スルノ類ナリ、

近時内外ノ学者中ニ盛ニ称導スル者カアル後ノ所謂自由法説ニ於テハ法トハ文理ニ係ラス論理ニ依ツテ自由ニ解釈シテ社会ノ実際ニ適合シ時勢進運ニ順應セサルヘカラス、然シテ此ノ説ハ明ニ誤ナリ蓋シ口家カ法ナリトシテ明ニ制定シタル成文法ハ個人ノ理想ニ依リ変更スルコトヲ許サレヌカラテアル自由法説ハ法ノ解釈ト立法論トヲ混合セルモノト云ハサルヲ得ス故ニ排斥セナケレハナラヌ、

AトBナルトキCハDナリト云フ成立理定ノアル場合ハカB'ナルトキ尚更ニCハDナリト解釈スルヲ勿論解釈ト云フ又AカBナラサルトキハCハDナラスト解釈スルヲ反面解釈ト云フ何レモ此二ツノ解釈ハ必マシモ真ナルモノニ非ルカ故ニ充分ノ理由正権ノアル場合ニ於テノミ為シ得ル解釈ナリ、例ヘハ五三六条ノ二項ノ但書ノ関係ハ債権者ノ責ニ帰スヘカラサル事由ニ依ツテ履行不能ヲ生シタル場合ニハ尚更適用アルヘキモノテアルトスルハ認メヘキ勿論解釈ナリ又四一五條第二項ニ依リ金銭債務以外ノ債務ノ不履行ニ依ル損害賠償ニ就テハ債権者ト損害ノ証明ヲ為スコトヲ要シ又債務者不可抗力ヲ以テ抗弁トナスヿカ出来ルト解スルハ認メ得可キ反面解釈ナリ、

類推適用ト称シ又準用ト云フハ一ツノ場合ニ採用スルコトヲ意味スルノテアル一三、四一、九九ノ二、一一〇、二〇五、二一三ノ二、二四五、二六七、四六七ノ如クニ法文ニ於テ準用スルコトヲ命令スル場合ニハ準用セラル、法文ト準用ヲ定ムル法文トカ相合シテ類似ノ場合ニ適用セラル、成文法ヲナスモノト認ネハナラヌ準用明文ノ無キ場合ニ於テモ類推適用ヲ為スコトハ民法ノ精神ニシテ之ヲ類推解釈ト称スルノテアル例ヘハ永小作权ニ就テハ地上权ハ関スル二六七条ノ如キ明文ハナケレトモ等シク隣地法ノ準用アルヘキモノト臆スルノテアル類推解釈ハ成文法ノ解釈テアルカ將タ又条理法ノ発見テアルカ議論ノアル所ナリ然シ余ハ勿論解釈及ヒ反面解釈ト同シク成文法ノ解釈ノ範囲ニ属スルモノト思フ

第四章　民法ノ効力

第一節　民法ノ空間的效力

昔ハ口家ヲ以テ單ニ一定ノ人民ノ團体ト感念シ一定ノ土地ハ口家ノ感念ノ要素テナカツタノテアル尤モ人民團体ハ事実上ハ必ス一定ノ土地ノ上ニ居住スルヲ要シタルカ其團体ノ居住スル土地ノ感念ハ口家ト云フ感念ノ一ツノ要素テナカツタノテアル、然ルカ故ニ臣民主权ノ感念ハ等ニ厚カツタカ領上主权ノ感念ハ未タ発達シナカツタノテアル精シク云ヘハ一国ノ法ハ其国民ニハ絶対的効力ヲ有シ其口民カ外口ニ在ルト内口ニ在ルト問ハス常ニ之ヲ支配シテ居タカ口法ノ效力ハ領(国)土ト何等ノ関係ナカリシ窄口領土ノ感念カ在存シナカツタノテアル一口ノ領土内ニ在ル人類ハ内口人タルト外口人タルトヲ論セス總テ其ノ口ノ法ニ従ネハナラヌトノ感念ヲ欲イタノテアル口法ハ其口ニ在留スル外口人ニ其効力ヲ及サヽリシナリ、近世ノ学者ハ法ノ空間的効力ニ関スル此ノ感念ヲ名付ケテ属人主義ト称スルノテアル然ルニ近世ニ至リテ口家ノ感念ニ一大変革ヲ来タシ一定ノ土地ヲ口家感念ノ一要素トナレリ此処ニ於テ領土主权ノ感念発生セリ一口法律ハ其領土ノ中ニ於テ絶対ニ其効力ヲ有スルコトナレハ領土内ニ居住スルモノハ内外人ヲ問ハス總テ其口ノ法ニ支配サル、様ニナレリ之ニ反シ一同ノ法ハ外口ノ領土主权ヲ侵害スヘカラサルカ故ニ

外口ニ居住セル外口人ハ勿論外口ニアル内口人ニモ其効力ヲ及サヾルコトヲ認メル様ニナレリ近世ノ学者説ノ空間的効力ニ関スル此感念ヲ名付ケテ属地主義ト云ハリ属地主義ハ近世一般ニ認メル所ナルカ其解釈ニ就テハ次ノ二種ノ見解アルコトニ注意セネハナラヌ、

甲、一国ノ主権ハ其領土内ニ於テ絶対ニ行ハルヽモノナルカ外国ノ領土ニハ何等ノ効力ヲ及サヾルコトヲ原則トス故ニ一国ノ法ハ其領土内ニ於テハ之ヲ強行スルコトハ出来ナイノデアル唯々国際法上ノ特権ノアル場合ニ於テハ例外トシテ然ラサルコトアリ、例ヘハ国際地役権租借権保護権領事裁判権等ノ如キナリ、属地主義ヲ分類シテ以上ノ如キモノナリトスルハ正論ナリ、

乙、我ハ一国ノ法ハ外国ニ関係アル事項ヲ規定スルコトハ出来ナイモノデアル内国ノミニ関係スル事項ノミヲ規定スル事カ出来ルニ過ギナイモノト論スルモノアリ、此ノ見解ニ従ヘハ例人ハ其人トカ独逸ニテ婚姻ナシタル場合米人ハ日本人トカ那内ニ在ル不動産ヲ日本デハ売買スルカノミナラス日本ニ居ルモノハ外国ニ居ルモノカ郵便又ハ契約ヲ締

結スル場合ノ如キ其当時者ノ権利義務ハ我国ノミ法律ヲ以テ規定スルコトカ出来ナイト云フ論法ヲ生ス其権利義ニ就テハ我国法上ハ何程ノ法規ナシト云フニナテシマウノデアルヽ然シ乍ラ一国ノ法ハ一切ノ法理関係ヲ規定シテオルモノナリト前提シテ初メテ法理ハ全ク見ルノデアル或事項ハ就テハ何等ノ法規ナシトスル法理ノ許サヌ所デアル一国ノ法ハ受能ナルカ故ニ如何ナル事項ヲモ規定スル事カ出来ル其事項カ外国ニ関係アルトナリヤ将来又内国ノ事項ノミナルカハ区別シナイノデアルカモ一国ノ法ヲ権カヲ以テ外国ヲ実行スルト云フ云原則トシテ外国ノ主権ヲ侵害スルモノデアルケレ共単ニ外国ニ関係アル事項ニ就テ権利義務ヲ規定スルコトハ其レ自身ヘ外国ノ主権ヲ害スルモノナリト云フ事ハ出来ナイノデアル、我法モ元ヨリ外国ノ領土ニ於テ強行スルコトハ出来ナイノデアルカ外国ノ領土ニ於テモ行為ヲ犯罪ナリト規定スルノハ各国ノ自由デアル我法ニ於テ外国ニ関係アル事項ヲ規定セントシタナレハ唯其行為カ犯罪ニ非スト云フ結論ヲ生スル故別ニ不都合ハナ

イケレトモ私法ニ於テ外国ニ関スル事項ハ規定スルコトカ出来ナイト
シタナラハ外国ノミニ関係アリテ日本ニ全ク関係ナキコト又日本ハ外
国トニ関係アル事項ニ就テハ権利義務ヲ定ムル法規ナシトスルコトニ
ナツテシマウノデアル矣此ノ如キ理アランヤ
若ノ如ク一国ノ法ハ領土内ニ於テ絶対效力ヲ有スルモノ其規定事項ニ
ハ何等ノ制限ナキ故友ノ権利義務ハ各国ノ独立ニ之ヲ規定スルコトヲ
得従テ或国ニ於テ適法ナリトスル行為モ他国ニ於テハ違法ナリト認メ
テルヽコトアリ、然ニ各人ハ其通従スル所ヲ知ラナイ様ニナル此ノ弊
害ヲ除カン為ニハ諸国ノ法制ヲ一致セシムルコトヲ以テ最良ノ策トナ
スノデアル、然シ乍ラ近世諸国ニ於テハ実際上近々将来ノ論遠々将来
ニ於テ甚困難デアル然シ乍ラ近世諸国ニ於テハ国際私法ヲ制定シ之ヲ
以テ外国ニ関係アル一定ノ事項ニ就テ必スシモ国内法ヲ適用セスシテ
某外国ノ法律ヲ適用スルコトヽシテ以テ当時者ノ意志ニ合致シ各場合
ノ事情ニ応スル様ニ規定スル趨勢ヲ生セリ我国ニ於テモ前述ノ如ク
法例ト云フ法律ノ三十条ニ於テ外国関係アル司法関係ニ外国法ヲ適用

スヘキ場合ヲ明ニ示セリ、即チ之ニ依リテ司法ノ適用ヲ統一シ裁判所
所在地ヲ異ニスルニ依リ権利関係ニ動揺ヲ来スカ如キ弊害ハ幾分カ矯
正スルコトカ出来ル然シ乍ラ之等外国法カ外国法トシテ当然其効カヲ
我カ国ニ及スモノデナイシテ我国法ノ実質内容同一ナルコトヲ期スル
コトヲ得ス、此ノ如ク諸国ノ国際私法カ区々ナル以上ハ各人ノ権利関
係ハ尚ホ未タ安固ナリト云フヲ得ス故ニ権利関係ノ安固ヲ計ル為ニハ
諸国ノ国際私法ノ一致スルヲ必要トスルノデアル近来本者及政治家ハ
其余領土ニ於テ絶テノ人ニ対シテ強行スルコトカ出来ルヲ原則トセリ
然レトモ近世ノ諸国ニ於テハ其国ノ元首ニ対シテハ之ヲ強行スルコト
ヲ得スレト為スヲ憲法上ノ一原則ト為セリ（例ヘハ我憲法第三條）又
外国ノ元首外交官及ニ家族従者軍艦等ニ対シテモ之ヲ強行セサルヲ以
テ国際ノ慣例ト見ナセリ、然シ乍ラ是等ハ又法規ノ強行ヲ許サヽト云
フノミニシテ之等ノ人ニ関スル権利関係ハ之ヲ規定シ得スト云フ意ニ
非ス従テ原則トシテハ民法ヽ規ハ総テ人ニ適用アルモノト云ハネハナ
ラヌ但我国ニ於テハ法律命令ハ原則トシテ皇族ニ於テ適用ナシ（皇室

典範第一増補七、八、）故ニ民法及ヒ其附屬法令ハ　四四
シ其皇族ニ於テハ皇室令ヲ以テ皇室財産令皇室親族令等ノ成文規定ヲ
設ケテアルノデアル、
一口ノ法ハ其効力ヲ其口ノ全領土ニ及スコトヲ原則トスレハモ一口
ノ法ノ全部ハ必スシモ全領土ニ施行セラルヽモノニ非ス一口ノ法其モ
ノカ其口ノ法ノ各部ノ施行区域ヲ定メル事カ出来ルノデアル民法々典
及ヒ其附屬法則例ハ内地ニ於テ行ハル植民地ニ於ケル效力ハ大略右ノ
如キモノナリ

第一、臺灣

台湾ニ於テハ彼ノ有名ナル明治廿九年法律第六十三号及ヒ之ニ代リ
タル其後ノ法律ニ依リ法律ハ總テ勅令ヲ以テ例外ヲ規定セサル限リ台
湾ニ施行セラレナイモノトナツテオル從テ民法々典等ハ当然台湾ニ施
行セラレナイ而シテ明治四十一年ノ律令第十一号ノ台湾民事令ニ於テ
ハ台湾人及ヒ支那人ノ外ニ関係ナキ場合及ヒ土地ニ関スル权利ヲ除
ケテル民事ニ関スル事項ハ民法及其附屬法律ニ依ルヘキコトヲ規定シ
テイタリ然ルニ此大正拾一年敕令第四百六号ヲ以テ民法其ノ他ノ附屬
法律ヲ其儘台湾ニ施行スルコトナシ只全年勅令第四百七号ヲ以テ特定
事項ニ就テ更少ノ特別規定ヲ設ケリ、

第二、朝鮮、

朝鮮ニ於テモ明治四十四年法律第三十号ニ依リ法律ハ当年ニハ行ハ
レス、民事ニ関スルハ民法及ヒ附屬法律ニ依ルコトヲ原則トシ唯朝
鮮人間ノ法律行為朝鮮人ノ能力親族相続及ヒ不動産物权ノ種類効力
等ハ舊慣ニ依ルト定メタリ、

第三、樺太、

樺太ニ於テモ明治四十年法律第二十九号ニテコヽニ法律ヲ施行スル
ト云ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ムトシテアリ而シテ同年勅令第九十四条号ニ
テ民法及ヒ附屬法律ヲコヽニ施行セリ但シ土人ノ外ニ関係ナキ民事
ハ又ハリ旧慣ニ依ルト規定セリ、

第四、関東洲及ヒ南洋諸島

之等ノ地ハ真正ノ意義ニ於ケル我カ領土ニ非ルカ故ニ法律ハ当然之
等ノ地ハ真正ノ意義ニ於ケル我カ領土ニ非ルカ故ニ法律ハ当然之　四五

二行ハシ然レトモ前者ニ就テハ明治四十一年勅令第百十三号関東州裁判事務取扱令ヲ以テ民事ハ民法及附属法律ニ依リ但シ支那人ノ外ニ関係者ノ如キナキ事項及土地ニ関スル権利ハ慣習ニ依ルモノトセリ南洋群島ニ於テモ南洋群島刑事民事裁判令ナル特別ノ命令ヲ以テ民事ハ地方ノ法規慣習及ヒ帝国民事法規ヲ　敵　ニテ定ムヘキモノトシテアル

右ノ如ク我国ノ民事法規ハ地域ニヨリ同シカラサルカ故ニ個以上ノ地域ニ関係アル民事ニ就テハ其準拠ナル法律ニ於テ法例ノ規定ヲ準用シテ以テ適用スヘキ民事法ヲ定メテ然ルヘキモノトアル

第二節　時間ニ関スル民法ノ効力

民法ニ改正ノアルトキハ新法ハ如何ナル時点ヨリ其効力ヲ生シ旧法ハ如何ヲル時点ニ於テ其ノ効力ヨリ失フヤノ問題ナリ此問題ハ慣習法ト成文法トニ別チテ考究セネハナラヌ、慣習法ハ其成立ト同時ニ効力ヲ生スルモノニシテ別段議論ナシ之ニ反シテ成文法ニ就テハ成立ノ時期ハ必スシモ効力発達ノ時期ト一致セス成立時期ニ就テ又各説カ一致セス例ヘハ法律ニ就テハ其成立ハ裁可ノ時ナルカ公布ノ時ナルカニ関係シテ本義別レテアル効力発生即チ施行ノ時期ハ特別規定ナキ限リ公布ノ時期ト一致セネハナラヌ然シ仮ラ諸口ノ概ネ公布時期ハ施行ノ時期トノ間ニ一定ノ時期ヲ置ヲ原則トセリ我現行法ニ於テハ法律、皇室令、勅令、閣令、右令、ト何レモ公布ノ日ヨリ起算シテ満二十日ヲ経テ施行スルヲ原則トセリ但シ法則カ之ニ異リタル所ノ施行期間ヲ定メタルトキニハ勿論之ニ従フベキテアル（法例第一条、公布式令第十一条）例ヘハ法律命令ノ朝鮮、台湾、関東州、及ヒ南洋諸島ニ於テハ施行期間ハ別段ノ定メアル場合ヲ除ク外其各官廳ニ到達シタル翌日ヨリ起算シテ七日間トセリ（法例第一ノ二、明治二十九年勅令第一号、四〇年勅令第一一号大正拾一年勅令第一三〇号）而シテ之等法例ノ公布ハ従テ官報ヲ以テ為ス（公式令第一二条）

法ノ効力ハ既往ニ遡及セスノ原則ト古来多者ノ称導スル所ナリ我ハ民ノ原則ヲ排シテ立法権ノ活動ニ関スル家法上ノ制限ナクトシテ一口ノ立法権ハ遡及効力ノアル法律ヲ制定スルコト得サルモノナリト論スル者アリ

り北米合洲口ノ如キハ明文ニ以テ之ヲ宣言セリ氏ノ如ク憲法ニ特別ノ規定アル口ニ於テハ格別ナリト雖モ何等ノ規定ナキ口ニ於テモ論者ノ見解ハ不当ナリ、蓋シ各人ヲシテ其ニ安シテ適從スルコトヲ知ラシムルニハ氏ノ如キ原則ヲ立ツルヿハ悪クハナイ而シ口家ハ時トシテハ公益上遡及効ノアル法律ヲ強制制定スル必要アリ我憲法ニヲハ左ノ如キ意味ニ於テ性ノ效力ノ不遡及ノ原則ヲ認メテ大ラヌノテアル、然レ氏法ハ既往モ其效力ヲ及サスト云フコトヲ以テノ解釈上ノ原則ト為シ新法ハ特別ノ明文ナイハ旧法時代ノ事実ニハ適用ナキモノナクト為スカ正当ナリ、佛蘭西民法第二條ノ如キハ之ヲ明言セリ我民法ニハカヽル明文ナキモ近世ノ法律慣念ニ於而既ニ確定シテオル、法律解釈ノ原則ナリ民法施行ノ第一条商法施行法第一条ニ於テ特ニ氏ノ原則ヲ明示セル故ニ斯ル特別ノ明文ナキ限リ此原則ヲ認ムルコトハ出来又斯ル明文アルハ之レ却テ法ハ原則トシテ其效力ヲ既往ニ遡ルモノナリト論スルノ余地ヨリ様ニ見エル、然シ乍ラ右明文ハ法ノ不遡及ニ対スル種々ノ例外ヲ規定スル前呈トシテ掲ゲタルモノニ過キナイ、

法カ其ノ效力ヲ既往ニ遡及セスト云フト之只旧法ノ元ニ於テ認メラレタル所ノ既往权ハ新法ニヨリテ何等ノ影響ヲ受ケナイト云フ意ナリ、詳言セハ旧法ノ元ニ於テ既得权ニ非スシテ単ニ权利取得ノ希望ト云フモノハ新法ノ元ニ於テ效力ナキモノナリ例ヘハ旧法ニ於テ一定ノ人カ死セハ他ノ一定ノ人カ相続人タルヘシト云フコトヲ規定シアツテモ旧法ハ後者ニ权利ヲ與フルモノニ非スシテ一ツノ希望ヲ與ヘタルニ過キス故ニ新法ニ於テ其ノ人ハ相続人タルヲ得スト規定シタナラハ其物ハ相続人トナル資格ヲ失フナリ、然シ乍ラ旧法ノ元ニ於テ相続カ既ニ開始セル場合ニ於テハ其者ハ権相続ニ依リ取得シタル权利ハ新法ノ為メニ害セラル、コトナシ要スルニ一定ノ事項ノ存在スル所ニ一定ノ权利関係存スルカ否カ其权利関係ノ効力如何ント云フコトト其事項カ新法施行前ノ事項ナレハ旧法ニ依リ決セラル新法施行後ニ生シタルモノナレハ新法ニ基イテ確定スルモノナリ故ニ民法施行法一九ノ二〇、五二、五六、六二ノ一、六三、九一等ハ原則ノ適用ヲ示スモノニ過キサルナリ右ノ原則ニ対シテ数多ノ例外

規定アリ例ヘハ民法施行法ノ一七ノ一、一八、二九ノ一、三四、三五ノ一、三九、五九、六五、六八、七〇ノ一七三、八四、一九〇、九五等ノ如シ而シテ之等ノ中ニハ新法カ全ク初メニ遡ッテ適用セラルヽモノト入ルモノハ新法施行ノ時ヨリ適用セラルヽト為スモノトニ種アリ

法規ヲ異ニスル二種以上ノ時代ニ得ル事実ニハ何時ノ法ヲ適用スヘキヤト云フコトハ時際法トモ称スヘキ特別法ノ問題ニシテ国際私法ト相並ンテ一口ノ法理ヲ構成スルモノナリ民法施行法ノ如キ規定ヲ以テ此ノ問題ヲ命令セサル場合ハ慣習又ハ條理ノ問題ニ帰属スルノテアル

第五章　民法ノ沿革

維新前ノ民法沿革ニ就テ論スルハ暫ク置キ其後ニ於ケル民法沿革ヲ考フルニ成文ノ民法ト存在シテ大ラヌ慣習法モ亦其ノ発達カ甚ダ不完全テアッタ故ニ权利関係ハ多クハ条理ニ依リテ定マリシト云フモ過言ニ非ス彼ノ明治八年太政官布告ノ一〇三号裁判事務ヘ得ニ於テ民事ノ裁判ニ於テ成文ナルトキハ慣習ニ依リ慣習ナルトキハ条理ニ依リヘキコトヲ規定シタルニ徴スルモ明カナリ、然ルニ裁判官ハ各自各ノ条理ト信スル故ニ佛法研究者ハ佛法ヲ以テ条理ト為シ英法ノ研究者ハ英法ヲ以テ条理ト為シ之ヲ以テ裁判所ヲ下ス状態ナリキ、成文民法編纂ニ着手セハハ明治三年大政官ニ制府取調局ヲ設ケタル始ル佛民法ヲ翻訳セシト其ノ目的タルヤ口民法中狀口情ニ適セサル点ノミヲ修正シテ翻訳其モノヲ我民法トシテ施行セントスニアリ、然シ乍ラ其企テ終ニ成功セサリシナリ明治六年ニ至リテ司法省刑法編纂課ト共ニ民法ノ編纂課ヲ設ケ明治九年ヨリ民法編纂ニ従事シ於一年ニ至リ一先ツ一定完成セリ然シ乍ラ於二年ニ至リ佛法律家者ヲ「ヴアリナード」民ヲ招聘シ民法ノ起草ヲ嘱託シ於三年ニ至リテ民法編纂局ヲ設ケ「ヴアリナード」民ノ草案ヲ基礎トシ我口委員対論ヲ為シ於九年ニ財産編財産取得編ヲ成立セリ其ノ後民法編纂局ニ代イタル法律取調人ヲシテ之カ編纂ヲ続行セシメタ二十六年ニ至リ民法草案全部完成セリソコテ他ノ法典ト共ニ同年ニ公布セラルヽ事ノ天下ニ知ルヽヤ全国ニ喧騒紛合ヲ満場一致テ意見書ヲ奉表シタ其ノ要旨ハ法典ノ編纂ハ不可ナルニ非レト当時ノ如ク

経過時代ニ於テ其法ヲ編纂スルコト其当ヲ得タルモノニ非ス即チ須ク民情国性定マリタル後徐ロニ法典ヲ編纂シテ其ノ案ヲ天下ニ公表シテ一般批評ヲ徴シテ然ル後ニ認定セサルヘカラスアリテ而シテ其当局ノ人ノ所トナラス聖二十三年四月法律第二十八号ヲ以テ賊産編取得編中ノ相続、遺贈、贈与及ヒ夫婦賊産契約ニ関スル部分ヲ除ク他ノ部分ト債権編ト及ヒ証拠編ヲ公布シタルノテアル今年十月ニ至リ法律第十九号ヲ以テ旧民法ノ全部ハ世六年一月一日ヨリ施行ニ反対シ修正シタル後之ヲ施行スヘシト議論盛ンニ起レリ施行期限第ニ接近スルノニ及ヒテ延期派ト断行派ノ間ニ激烈ナル勧奨ヲ主シタリ終ニ世五年十一月二十八日法律第六十八号ヲ以テ民法全部ハ修正ノ為メニ世九年末迄其施行ヲ延期スル旨ヲ公告セラレタリ而シテ世六年勅令第一号ヲ以テ法典調査会ヲ設置シ民法ヲ改正シテ新民法ヲ編纂スルコトヲ従事セシム世九年四月ニ至リ法律第八十九号ヲ以テ民法中ノ總則物权債权ノ三編ヲ公ニシテ同時ニ世三年法律第八号ヲ齎止セリ同年十二月ニ於テ更ニ旧民法ハ世一年六月末日迄延期スルコトニ定メ世一年

二至リ法律第九号ヲ以テ親族相続ノ二編ヲ公布シテ同時ニ二十三年法律九十八號ヲ齎止セリ要スルニ旧民法ハ一日モ実施サルコトナク齎止サレ新民法ハ世一年七月十六日ヨリ全部一時ニ施行セラレタリ、

第六章 私法上ノ权利義務

第一節 私法上ノ权利即チ权利ノ本質

权利ノ本質ニ就テハ李説区々ナリ今之ヲ分析研究スレハ

第一、权利ハ法ノ認ムル所ノモノナリ

然ルカ故ニ权利ノ存在ハ法ノ存在ヲ前提トセネハナラヌ法ノ存ラサル所ニ权利ノ存在ハナシ従テ此ノ兩者ト甚タ密接ノ関係アリ故ニ極端ノ議論ヲ為スモノト法ト权利トハ同一ノ社会現象ヲ観察点ヲ異ニシテ下シタル名称ニ過スト断言セルアリ而シテ之ハ元ヨリ誤ニシテ唯兩者ノ関係ノ密接ナルコトヲ推察スルニ足ルノミナリ此ノ如ク法ト权利トハ密接ナルコト故昔ヨリ学ノ口ニ於テ兩者ヲ表スニ同一ノ言葉ヲ以テスルノ慣習ヲ

示セリ、例ヘハ羅馬ニ於テ Jus 佛蘭西ニ於テ droit 独逸ニ於テ Recht ト称スルハ法ヲモ意味シ権利ヲモ意味ス、而シテ此ノ如キハ不便少ナカラス依テ佛独ノ学者ハ法ヲ表スニ客観的意義ニ於テハ Recht ト云フ言葉ヲ用フ由是観之彼ノ所謂天賦権論ト法律論トシテハ自違ノタ説テアル其所謂人権トハ法律上ノ権利ニ非ス、

第二節　人ノ行為ノ自由ナリ

法ハ口家ノ承認スル人ノ行為ノ規則ニシテ各人ノ為ニ得ル行為ノ範囲限界ヲ限定セルモノナリ此ノ範囲ノ中ニ於テ各人ノ有スル行為ノ自由カ権利ト為スモノナリ、而シテ此ノ自由ハ単ニ外部的行為ノ自由ノミナラス内部的精神ノ自由ヲモ包含セリ我輩ノ採用セル此ノ自由説ニ種々ノ批難アリ其要旨ヲ挙ケテ又駁セン、

〔A〕曰ク自由トハ何モ拘束ヲ受ケサルヲ云フ、法カ自由ニ存在シ又人ノ行為ノ限界ヲ定メ以テ其ノ自由ヲ拘束スル以上ハ法ノ下ニ於テハ人ノ

自由ヲ持タス従テ法ノ與フル自由ハ共ニ自身ニ於テ矛盾スル所ノ感念ナク然シ左ヲ論者ノ絶対自由ナラサルヲ自由ニ非ストナスハ誤ナリ、法ノ人ノ行為ヲ拘束スルハ論者ノ如ク而シテ其拘束ノ範囲ノ中ニ於テ人ハ自由ナク余ノ行為自由ナリト云フト其制限サレタル範囲内ノ自由ヲ云フナリ

〔B〕或学者ハ自由説ニ従フト法ノ禁止セサルモノハ悉ク権利トナル之ハ権利ノ観念ヲ餘リ広漠ニナラシムルモノナリ、然レトモ各人ハ法ノ禁止セサル所之ヲ為スノ自由ヲ有スルハ当然ニシテ而シテ禁止セラレサル所ノ自由ノ範囲ハ悉ク権利ナリト称スルモ敢テ権利観念ニ排違スル事ナシ尤モ其権利ノ中ニハ種類ニ依リ場合ニ依リ其效力ノ極メテ強キモノアリ又極メテ弱キモノアリ論者ハ権利ノ観念ヲ確定スルニ就テ種々ノ要件ヲ示サントスレト其要件ハ或ハ意義不明或ハ明ニ不当ニシテ利用スルニ足ラス、論者ハ権利ノ本質ニシテ種々ノ説ヲ述ルノテアル其ノ主ナルモノハ右ノ三種ナリ

イ、意思説

此ノ説ニ於テハ権利ヲ以テ意志ノ支配意思ノ内容又ハ一ノ力ナリト主張セリ然シ乍ラ此ノ如キノ意思ヲ以テ権利ノ要素ナリトシタナラハ意思能カナキモノ例ヘハ幼者、狂者、低人ノ如キハ権利ノ主体トナルコト出来サルナリ然ルニ民法ハ自然人ニ就テハ悉皆ニ権利ヲ享有ス（一条）ト云フハ其意思能カ如何ヲ問ハス従テ意思カ権利ノ本体ナイ事ハ容疑ノ余地ナシ、或ハ弁護シテ曰ク意思無能力者ニ法定代理人ヲ以テ代テ権利ヲ有セシムル是即チ権利ニハ意思ヲ要スル一ノ証拠ナクト然シ乍ラ此ノ説ニ依レハ其権利ハ法定代理人ノ権利ト為リ無能力ノ権利ト為ラス、又加法定代理人ノ欲ケタル場合モ本人ノ権利ハ波及セス、由是観之弁護説ヲ徴スルニ足ラザルハ明ナリ、又或ハ弁護シテ曰ク此意思説ハ意思其モノカ権利ト云フニ非ス意思ヲ用フル法律上ノ地位即チ欲シ得ル法律上ノカヲ権利ト云フ事実上意思ヲ作成シ得サル人ニテモ法律カ之ニ感ル意思ヲ作成シ得ルト規定シタル以上ハ其ノ人ハ即チ権利ノ主体ナクト弁護セリ此ノ如ク証明スル以上所謂意思説ハ余ノ主張スル自由説ト合致スル様ニナル蓋シ作成シ得ル地位ハ即チ行為ノ自由ニ外ナラス

II、利益説

之ハ法ノ保護スル利益ハ権利ナリ、乍然其利益トハ何ヲ意味スルヤ明カナラス、之加法ハ無能ナル故ニ不利益ヲモ権利トナスコトヲ得此ノ場合ニ於テモ之カ或ハ弁護シテ曰ク法カ保護シテ主張シ得ル事ヲ認ムル以上ハ例令不利益ナリト雖モ尚法律上利益ナリト云ハサルヲ得ス、然シ乍ラ氏ノ如キ利益不利益カ権利ノ或主張ヲ許ス場合ニ於テ其主張即チ権利タルモノナク究極スル所之即チ自由説ノ撲ク所ナリ、

III、能力説

此説ニテハ権利ハ能カナリトスルノ「テアル然シ乍ラ能力トス何ニテアルカ若シ人ノ有スル活動カナリトスルナラハ活動カナキモノモ権利ヲ用ユルコトヲ認ムル民法ニ於テハ主張スルノ出来ヌ説ト云ハサルヘカラス又若シ能力ヲ解シテ法律上主張シ得ルカナリト解スルナラハ畢竟自由説ト異ナル事ナシ

法ニ公利ノ別アル如ク權利ニモ公權私權ノ別アリ、然シテ公權私權ノ区別標準ニ就テモ学説区々ナリ今簡單ニ之ヲ論述セン、

第一、利益説

即チ公益ヲ保護ノ目的トシテ認メラレタル權利ハ公權ニシテ利益保護ヲ目的トシテ認メラレタル權利ハ私權ナリト又ハ主トシテ或ハ直接ニ公益ヲ目的トスルヤ利益ヲ目的トスルヤニ依テ区別スル所ニ明ナリ、

第二、主体説

国家ト私人トノ間ノ權利ハ公權ニシテ私人相互間權利ハ私權ナリトスル説ナリ、此説ノ誤レルコトモ法ノ公私ニ関スル主体説ヲ批評シタルニ参照スレハ明ナリ、

第三、実質説

權力関係ニ於テ主張シ得ル權利ハ公權ニシテ平等関係ニ於テ主張シ得ル權利ハ私權ナリトスルノ説アル、然シ乍ラ若シ氏トシテ然リトセハ民法上ノ復讐權及ヒ正当防衛權モ亦公權トナリ今日ノ法律感念ハ合致セサル結果ヲ生ス、斯ノ如ク種々ノ学説アレトモ最モ正当ナル説ハ權利ノ基本ナル公法私法ノ区別ヲ以テ此ノ区別ノ標準ト為ス説ヲ以テ最モ正当トス元来法トハ人ノ行為ノ規則ナリ、而シテ法ノ中ニ国家主權ノ行動ニ関スル規律ハ公法トシテ其他ハ私法ナリ、又權利ハ法ノ規定スル行為ヲ自由ニシテ公法ノ規定スル權利ト公權私權法ノ規定スル權利ト私權ナリ、換言スレハ国家主權ノ行動ニ関スル関係ニ於テ各人ノ有スル自由ハ公權ニシテ其他ノ関係ニ於ケル各人ノ自由ハ私權ナリ然ニ於テ国家カ個人ニ対シテ個人ヲ国家行動ニ対シテ有スル自由モ亦個人ノ公權ナク故ニ国家モ個人モ共ニ公權ノ主体ト為リ得ルモノナリ、

第二節　私權ノ分類

私權ハ種々ノ標準ニ依リ分類スルコトヲ得次ニ主要スルモノヲ研究セン、

第一、絶対權、相対權、

權利ニ対スル義務者ノ範囲ヲ標準トシテ權利ニ種ニ分類スルノアル

即チ絶対权（對世权）ト相對权（對人权）ニシテ相対权ハ特定人ニ対シテ義務者トスル权利ニシテ絶対权トハ不特定ヲ義務者トスル权利ナリ即チ权利ハ法ニ依リテ各人カ他人ニ対シテ有スル自由ニシテ其自由カ特定人ノミニ対スルモノナルトキハ相対权ナリ、然シテ社会一般ニ対スルモノナルトキハ絶対权ナリ、債权ハ前者ニ属シ物权ハ後者ニ属ス然シ乍ラ大ニ注意スヘキハ相対权ハ又常ニ一ツノ絶対权ニ伴フト云フコトナク最モ共伴フ权利一個独立ノ权利ニシテ對人权其モノニ非ス然ルニ又此点ニ関シテ奈者間ニ大イニ論アリ總テノ対人权ニ共通ノ問題ナレハ主トシテ債权ニ就テ議論サレテオル然、佛、ニ於テハ積極説相半ス英米ニ於テハ積極説カ確実説ナリ我民法ニ於テ債权ニ對世的効力アリヤ否ヤ次ノ四ニ及ヒ四ニ四条ノ如キ明文ヲ以テ之ヲ規定スル場合ニハ疑ヲ差挟ムコトヲ得ス明ナリ一般ニ相対权ニ絶対权ノ伴フヤ否ヤカ問題ナリ今日殆少反対説アリトモ余ノ信スル処ニ依レハ積極的ニ断定スルヲ可トス一口ニ法カ既ニ一ツノ权利ヲ認メタル以上ハ特定人ニ対スル對人的权利ナリト雖モ其特定ニ対スル一定ノ自由ヲ法カ認メタルモノニシテ其自由ハ亦三者ニ亦漫リニ之ヲ侵害スルコトハ本理ノ当然ナリ蓋シ特定人ノシカ其自由ヲ侵害スルコト得サルモ才三者ハ自由ニ之ヲ侵害スルコトヲ得ルモノトセリ法カ此ノ如キ一权利ヲ認メタル所以ヲ汲卿スルニ至ル換言スレハ法カ一ツノ対人权ヲ認メタ代ハ其ノ対人義務ハ一人之ヲ負担スレトモ其対人関係ヲ尊重スルノ義務ヲ社会一般ノ人ニ於テ之ヲ負担セネハナラヌ故ニ対人義務者敢テ其ノ義務ヲ履行セシメサルトキハ勿論其他故意ヲ以テ他人義務ノ履行ヲ防害スルハ特ニ之ヲ正當ナリトスル法律上根拠ナキ限リ常ニ不法行為ト云ハネハナラヌ尚更ニ一方進ミテ考ヘルト民事関係ニ於テハ故意ト過失ノ間ニ区別ヲ設ケサルヲ原則トス故ニ三者ノ過失ニ依ル履行ニ依ル防害モ亦不法行為トナスノヲアル第二

第二、財産权、非財産权、

权利ハ之ヲ別ケテ財産权ト否財産权トス否財産权ヲ本者往々身分权ト云フアリ而シテ此ノ区別別ハ単ニ本問上ノ区別ニテナク民法ノ明文上ニ認メラレタルモノ例ヘハ一、大三、一、大七、二〇五、二六五、四二三、

五五五、七一〇、七一一、等ニハ財産権ノ文字アリ又五、三一七、三〇七、三三五、七九三、七九九、八〇一、八〇二、八〇三、等ニハ財産権ノ目的ヲ意味スル場合アリ財産権ノ本質ニ就テハ種々ノ学説アリ

工、或ハ財産権トハ物権債権ヲ合セタルモノナク昔時ハ財産権ノ概念ハ物権債権ハ外ニハ公ス之ヲ説クモ不当トス之ヒ得ス、

然シ乍ラ近時ニ於テハ社会現象復雑トナリ民ノ外尚ホ財産権ト認ムヘキ性質ノ権利発生セリ例ヘハ特許権商標権著作権電話加入権如キ類ナリ、従テ此ノ説ハ現今ニ於テハ狭過ギルモノナリ

五、或ハ財産権トハ処分シ得ヘキ権利ナリト云フナリ此ノ説又不可ナリ蓋シ此説ニ依ルトキハ處分ノ出来サル権利ハ財産権ニ非ストスルカ故ニ例ヘハ扶養ノ受クル権利、世傳沐料華族世襲財産等ハ財産権ナラサルカ其モノニ処分スルコト出来サルモ之ニ依リテ受ケル利益ヲ処分シ処分スルコトヲ得ス尚之ヲ財産権ト云フテ防ケス又、然シ乍ラ受ケル利益ハ何ンテアルカ不明テアル若シ之ヲ当該権利ノ行使ノ効力

トシテ收得スル権利ヲ意味スルトセリ夫権又ハ主権モ其効力トシテ受ケル利益ヲ処分シ得ヘキモノアル故ニ之ヲ財産権ト云ハサルヘカラス（七九九条参照）採用シ難シ、

三、財産権ハ金銭ニ見積ルコトヲ出来ル権利ナリト定義シ金銭ニ見積リ得ルヤ否ヤヲ以テ区別ト為ス、而シテ此説ニ就テハ三点ニ就テ批難アリ、

(イ) 総テノ権利ハ金銭ニ標價シ得ル何ントナレハ民法七一〇、七二〇、ニハ非財産権ノ侵害ノ場合ニ於テモ金銭ヲ以テ其損害ヲ算定スルコトヲ得ト規定セリ、而シテ其損害トス権利ノ侵害ニ外ナラス故ニ其損害カ金銭ヲ以テ標價シ得ヘキ限ハ権利其モノモ亦金銭ニ標價シ得ルモノトセネハナラヌ

(ロ)、債権ハ常ニ財産権ナルハ論ヲ俟タス、然ルニ民法ノ三九九、ニ依レハ金銭ニ標價出来サルモノニテモ債権ノ内容ト為スヲ得ト規定シアル故ニ此ノ説ニ依レハ債権ニシテ財産権ニ非サルモノヲ生ス

(ハ) 金銭其他交換ノ媒介ノ発達シタル今日ノ経済社会ニ於テハ此ノ説或ハ不可ナシトスレトモ財産権ナル感念ハ幼稚ナル経済社会ニモ存在シテイタノデアル而モ其社会ニ於テハ所謂物々交換ノシカ行ハレテ公益ノ媒介ノ具ハ用ヒラレサリシナリ故ニ今若シ金銭ノ如キ広ク交換ノ媒介物ヲ意味スルモノトシテモ幼稚ナル経済社会ニテアリシ財産権ノ感念ニ之ヲ以テ説明スルヲ得ザルコトニナレリ、

(ニ) 交換價値ヲ有スル権利カ財産権ナリトノ説ナリ又モ亦第二ノ説ト同一ノ批難ヲ受ケ盖シ交換價値ノ成立スルニハ利用價値存在スルヲ要シ、且ツ事実上及ヒ法律上交換ノ可能ナルヲ要ス、然ラサレカ交換ヲ許サナイ権利ハ財産権ニ非ストナル今日ノ法律思想ニ適合セス、

之ヲ要スルニ財産権ノ感念ニ付キテハ未タ明瞭ナル積極説ノ説明ヲ為ス事ヲ得ス故ニ寧ロ人身権以外ノ権利ハ財産権ナリト感念スルヲ以テ可ナリトスルノデアル、

人身権即チ否財産権中ニハ身分権ト人格権ノ二種アリ身分権トハ親族関係ヨリ直接ニ発生スル権利ニシテ例ヘハ夫権親権戸主権ノ如キモノナリ人格権トハ人格ト共ニ発生消滅シ人格ニ伴ツテ始終是等ノ権利存スルヤ否ヤハ一問題ナレトモ名誉権自由権生命権ニ就テハ積極説ヲ可トシ身体権ニ就テハ消極説ヲ可トス又民名権其他ノ名称権ハ人格権中ニ包含セラルヘキヤ否ヤノ問題アリ若シ人格権ヲ前述ノ如ク解スル時ハ出生ト共ニ民名権ノ存在ヲ可カラス法則ノ下ニ於テハ之ヲ否定セネハナラヌ況ヤ其他ノ名称権ニ於テオヤ、然レトモ若シ人格権ヲ解シテ人格ニ密接ナル関係ヲ有スル権利ナリトスレハ名称権ヲ包含スルモノナリト解スルコトヲ得

財産中ニ対世権ハ対人権トニ種アル氏ノ如ク人身権中ニモ此ノ二種アリ人格権ハ總テ対世権テアル ケレトモ身分権対世権ト対人権トアル例ヘハ夫権親権ト称スルモ夫又ハ親ハ妻又子ニ対スル相対的ノ権利ノ外ニ妻又子ノ生命身体等ノ上ニ一種ノ対世権ヲ有ス

ルノテアル

第三、專屬權、否專屬、

專屬權トハ權利者ノ一身ニ專屬スル權利ニシテ他人ニ讓渡シ他人ニ於テ相續シ又ハ他人ニ於テ代理行使ヲ許サルヽモノヲ云フ、其他ノ權利トスルニ對シテ否專屬權ト稱ス人身權ハ皆專屬權ニシテ其多クハ讓渡相續及代理行使ノ目的トナラサルモノナリケレトモ財産權ハ家督相續ノ目的トナル財産權ハ概ネ否專屬權ナレトモ其中華族世襲財産等ハ讓渡ノ目的トハナラス又使用貸借ニ基ク借主權、賃貸ニ基ク使用者ノ權利委任狀ニ基ク委任者ノ權利ハ普通讓渡相續ノ目的トハナラスモノナリ

一民五五九、大二五ノ一、大五三〇

又民法其他ノ法令ニ依リ所ノ終身年金權ハ相續ノ目的トハナラス又受クハ讓渡スルコトヲ得ス（四大大ノニ）又社員權ハ普通代理行使ヲ許サヽルモノナリ故ニ文等ノ財産權ハ皆或意味ニ於テ專屬權デアル、然シ乍ラ或權利ヲ專屬權ナリトシテモ如何ナル範圍ニ於テ專屬性アルヤハ個々ノ權利ニ於テ解釋セネハナラス、而シテ讓渡ヲ許サヽル專屬權

ハ必スシモ相續代理行使カ出來サルトスフニ非ス例ヘハ華族世襲財産カ讓渡禁止ノ債權ノ如キナリ又相續ヲ許サヽル專屬權ハ必スシモ讓渡又ハ代理使ヲ許サルヽモノニ非ス例ヘハ特約ニ依リテ讓渡ヲ許ス借主又ハ使用者ノ權利又ハ終身ノ年金ノ如シ又代理行使ヲ許サヽル專屬權ハ必スシモ相續讓渡ヲ許サルヽモノニ非ス例ヘハ社員權ノ如シ故ニ法律ニ於テ單ニ一身ニ專屬スル權利ハ云々ト規定ノ精神ヲ探究シテ解釋セネハナラス例ヘハ九八六及一〇〇一ノ專屬權トハ唯相續ヲ許サヽル專屬權ナリ又四二三ノ專屬權トハ代理行使ヲ許サヽル專屬權ナリ、

第四、完成權ト半完成權

權利ハ其成立ニ必要ナル總テノ要件ヲ具備セルトキハ初メテ成立スルモノナリ故ニ此ノ要件ノ一部分ニカ具備シテ他ノ部分ノ具備セサル間其權利其モノハ未タ成立セス然シ乍ラ將來總テノ要件カ完備スルトキハ其權利ヲ取得スヘキ地位ヲ一ツノ別ノ權利ト觀察スルコトヲ得サルニ非サルナリ、而シテ要件ノ完備ニ依ル成立スル權利ヲ完成權又ハ既得權ト名稱スレハ此權利ハ之ヲ未完成權又期待權ト名命スルコト出來

ル例ヘハ条件ノ成就又ハ条件ノ性質ヲ有スル期限ノ到来ニ依リ権利ヲ取得スヘキ地位又ハ相続カ開始セハ相続人トナルヘキモノカ相続開始前ニ有スル地位ノ如シ民法ノ条文ハ此ノ如キ地位ヲ指シテ権利ト名ツケテヰル例ヘハ一二九、九七三、九七四、九九五、ノ如シ

第五、完全権、不完全権

完全権トハ裁判上何等ノ支障ナク主張シ得ル権利即チ訴訟ニ依リテモ実行シ得ル権利不完全権トハ存在セルト云フニ非サレトモ上述ノ如キ完全ナル権利ニ非又此区別ハ主トシテ債権ニ就テ用ヒラルヽモノニシテ債務ノ方面ニ立言シ完全ナルヲ法定債務不完全ナルヲ自然債務ト稱スルコトヲ得ヘシ、例ヘハ時効ニカヽリタル債務ノ如キハ不完全債務即チ自然債務ナリ此事ニ就テハ後ニ義務ヲ論シ時效ヲ研究スル所ニ精シク述ヘン、

第六、主タル権利従タル権利

従タル権利トハ他ノ権利ニ従属シテ之ヲ担保シ又ハ補充スル権利ヲ云フ、例ヘハ贈候物権地役権利息債権等ノ如シ此説タル権利ニ対シテ其従属スル権利ヲ主タル権利ト云フ、

第七、原権、救済権、

一ツノ権利カ既ニ侵害サレ又ハ正ニ侵害セラレントスルトスルトキハ被害者ハ損害賠償侵害除去ノ豫防等ノ救済ヲ求メル権利ヲ取得スルノテアル此権利ヲ救済権ト稱スル之ニ対シテ侵害サレントスル権利ヲ原権（一利）ト稱ス、

第八、支配権、請求権及形成権、

支配権トハ有体又ハ無体ノ財産的又ハ財産的目的物ヲ直接ニ一定ノ範囲ニ於テ支配シ得ル権利ナリ即チ一定目的物ニ就テ一定範囲ノ自由行為ヲ為シ得ルノ権利ナリ、広モ其支配ノ範囲ハ権利ノ種類ニ依リ広狭甚区々ナリ、人格権ハ皆支配権ニシテ人生命権身体権ノ名誉権ノ物権及無体財産権ト之亦皆支配権ナリ、唯其先取権ト抵当権ノ重要ナル部分カ形成権ニ属スルコト後述ノ如シ債権ハ其本体ハ請求権ナレトモ之ニ伴フ所ノ対世権ハ支配権ナラス親族権ハ多クノ請求権ニ属シ只親族ノ生命身体等ノ上ニ存スル対世権カ支配権ナリ、

請求権トハ他人ニ向ツテ一定ノ作為又ハ不作為ヲ求ムル所ノ権利ナリ

債権其ノ他ノ対世権ハ其本体ハ文既権ナレトモ他人モシ既ニ之ヲ侵害シ又ハ正ニ侵害セントスルトキハ其他人ニ対シテ権利ノ現状回復ヲ請求シ又ハ権利侵害ノ避ヲ請求スル権利トヤハリ請求権ナリトシハサルヘカラス蓋カラ請求権ハ物権取得権又ハ特物権的請求権ト称ス其性質ニ於テ請求ノ本質タル請求権ト異ル所ナシ故ニ原則トシテハ法則トシテハ債権ニ関スル一般適用アルノ外アル、

形成権トハ一名可能権ト称ス自己ノ事実上又ハ法律上ノ行為ニ依ツテ一定ノ私法上ノ效果ヲ発生セシメ得ル権利ナリ氏ノ中ニ種々アリ大別シテ次ノ如ク三種トス

一　獲得権

之ハ事実上ノ或ル行為ヲ為スコトニ依リ一定ノ財産権ヲ獲得スルコトヲ得ル権利ナリ、遺業権、鉱業権之レナリ、

二　放棄権

放棄即チ真実ニ於ケル形成権

之ハ一方的意思表示ヲ為スコトニ依リ一定ノ私法上ノ效果ヲ発生セシムルコトヲ得ル権利ナリ、之ハ往々形成権ハ此ノモノニ限リ他ハ形成権ニ非スト称スル者アリ（異正ノ形成権ハ側ヘハ取消権ハ一二の、四二〇、）追認権（一一三、一一二二、）契約解除権（五四〇）相続権（五〇五）相続承認又ハ抛棄ノ権（一一〇一七）等ノ類ヲ云フ、

三　抗弁権

之ハ最モ広ク解釈スルト相手方ノ主張ヲ排斥シ得ル法律上ノ際テノ権利ヲ称スルナリ、従テ相手方カ法律上何等ノ請求権ヲ有セサルトキ又請求ヲナシタルニ於テモ其請求原因タル行為ハ無效ナク或ハ既ニ取消サレタルモノナリ或ハ始メヨリ外觀上ノ原因ナカリシナリト云フ如キ相手方ノ請求ヲ不存在ヲ主張スルコトヲ亦之ヲ抗弁（権）ト称スルニトカ出来ル民訴ニ於ケル抗弁ト称スル外此ノ如キ迄モ包含ス民五三九条ニ於テ云フ抗弁モ亦氏ノ如キモノヲ包含スルナリ然シ乍ラコヽニ於ケル此ノ如キハ包含セス即チ相手方カ請求権ヲ有シ而シテ請求ヲ為シ来リシ場合ニ於テ其請求ヲ拒ミ得ル権利ヲ云フ而シテ之ニハ二種アリ次ノ如シ、

a、否認抗弁权

否認抗弁权トハ此抗弁ヲ為スコトニ依リ相手方ノ請求权ヲ消滅スルニ至リヲ云フ例ヘハ時效援用ノ抗弁权（一四五一）

b、延期抗弁权

延期抗弁权トハ抗弁ヲ為スヨトニ因リテ一時請求ニ應セサルコト出来ル即チ一定ノ要件ノ具備セラルヽ迄ハ請求ニ應セサルヨトヲ得ルニ至ルモノナリヽ例ヘハ係証人ノ有スル借告ノ抗弁权及ヒ权素ノ抗弁权ハ四五二、四五三ノ又ハ雙務契約ノ場合ニ於ケル同時履行ノ抗弁权（五三三）ノ如キヲ云フヽ

第三節　私法上ノ義務

義務トハ法ノ規定スル人ノ行為ノ制限ナリ之ヲ分析スレハ

第一、義務ハ法ノ規定スル所ナリヽ

義務ハ法ノ制限スル人ノ行為ナレハ義務存在ハ常ニ其ノ存在ヲ前提トス、天賦ノ義務ナル故我ノ所謂自然義務ハ法ニ関係ナク天然自然ニ存在シテオル所ノ義務デハナク之モ亦法ノ認ムル義務ノ一種ナルコトハ先ニモ説明シ又後ニモ説明セン、

第二、義務ハ人ノ行為ノ制限ナリ

行為トハ身体ノ動静及ヒ精心上ノ作用ヲ包含スル人カ法律上一定ノ行為ヲ為スヘキ場合又ハ為スヘカラサル場合ニ於テハ之即チ法カ人ノ行為ニ制限ヲ加ヘタルモノデアルヽ而シテ其制限ヲ義務ト云フ或ハ制限トシフコトハ偶々的ノ感念ニシテ禁ノ場合ニハ適用セサルモノナリト批難スルモノアリヽ然シ尽ラ法カ一定ノ作為ヲ命令スル其反面ニ於テハ一定ノ不作為ヲナスヘカラサルモノヲ規定スルモノナリヽ假令制限ニ論為ノ云フ如キ意味アリトスルモ制限説ト何等異シキ所ナシヽ

人カ法律上一定ノ作為又ハ不作為ヲ為スヘキ場合ニ於テ其ノ人ハ一ツノ義務ヲ負担スルモノニシテ氏ノ場合ニハ他人カ其作為又ハ不作為ヲ為サシムル法律上ノ自由即チ权利ヲ有スルモノナリヽ而シテ此ノ場合ニハ或ハ他人ニ其人ヲシテ其作為又ハ不作為ヲ為サシムヘキ

法律上ノ制限即チ義務ヲ負フノヲアル此ノ如キ权利義務トハ相互ニ密接ノ関係ヲ有スルモノニシテ此ニ者ハ同一ツノ関係ヲ異ル立脚点ヨリ観察シタルモノト云フコトヲ得

凡テソノ一定ノ行為カ权利ナルトキハ義務ナイ義務ナルトキハ权利テナイコトヲ普通トスルノテアル然シ乍ラ時トシテハ一ツノ行為カ权利タルト同時ニ義務アルコトカアルノテアル或ハ曰ク人ヲ或行為ヲ為スト云フ权利ヲ持ツテオルトキハ其行為ヲナストキハ否トノ自由カナケレハナラヌヨシ其行為ヲシテ為サネハナラヌ又前ノモノタルトキハ之即チ義務ニシテ最早ヤ权利タル性質ヲ有セサルモノデアル然シ乍权利ハ一定ノ行為ヲ為シ得ル法律上ノ自由テ其本質ハ他人ノ意思ニ反シテモ尚其行為ヲ為シ得ルト云フコトニアルノテアル、例ヘハ其行為ハ存サネハナラヌモノテアリテモ他人ノ意思ニ反シテモ為サントスル民ハ之ヲ权利ナリト云フコトヲ防ケス之ニ反シテ他人ノ意思ニ反スルナラハ為シ得サルモノノ単ニ義務テアツテ权利テナイ（一八七九条ニハ親权ヲ行フ又又ハ母ノ权利ヲ有シ其ツ義務ヲ負フコトヲ規定セリ珍シキ規定ナリ）

義務ノ分類

義務モ亦公法上ノ義務ト私法上ノ義務上ノ義務トニ分ツコトヲ得前者ハ公法ノ規定スル所ニシテ公权ニ対スルモノ後者ハ私法ノ規定スル所ニシテ私权ニ対スルノテアル其他私法上ノ義務ハ種々ノ標準ニ依リテ之ヲ分類スルコトヲ得、例ヘハ財産上ノ義務ト否財産上ノ義務絶対权ニ対スル義務ト相対权ニ對スル義務ノ如シ、今度ニ義務ノ内容ニ依リテニ三ノ分類ヲ試ン

第一、法定義務、自然義務、（完全義務、不完全義務）

自然義務ノ如キ見ユルモ然ラスシテ之亦法ノ認ムル一種ナリ、而シテ之義務ノ如キ見ユルモ然ラスシテ法定義務ト称ス、然ラハ自然義務トハ如何ニ對シテ他ノ義務ヲ總テ法定義務ノ如キ口家ノ权カニ訴ヘテ之ナルモノナリヤハ云フニ之ハ法定義務ノ如キ口家ノ权カニ訴ヘテ之之カ履行ヲ要求スルコトノ出来ナイノテアル尚法律カ義務ト認ムル尚

故カノ薄弱ナルモノヲ云フ英米法ニ於テハ之ヲ不完全義務ト称ス例ヘハ時効ニ掛レル債務又ハ自己ノ生命身体等ニ就テ相当ノ注意ヲ加フル義務ノ如シ、

第二、絶對義務、相對義務、

義務ノ内容タル義務者ノ心的状態ニ由リ義務ヲ分類シテ絶対義務ト相対義務トナスコトヲ得、絶対義務トハ義務者ノ心的状態ノ如何ヲ問ハス、絶対ニ履行為ヲ為スヘキ義務ヲ云フ故ニ所定スル行為ヲ為サヽル以上ハ義務者ニ故意ニ過失モナキ場合ト雖モ尚義務違反ト為スノテアル、即チ近時云フ所ノ無過失責任ハ頗ハ本ハナラス、外国ノ民法ニ於テハ往々危険物占有者ニシテ其危険性ヲ知レル場合ニハ其物ニ依リテ他人ニ損害ヲ加フヘカラル絶対義務ヲ負フモノト規定セリ我民法ノ七一七条一項本文ノ占有者及ヒ七一八条ノ占有者ハ孰ニ当ル義務ヲ負フノミニシテ絶対義務ヲ負フモノニ非ス七一七条但書ノ所有者ノ責任ハ悪過失責任ナリヤ否ヤニ就テ説分ル、

相対義務トハ一定ノ心的状態ヲ以テ一定ノ行為ヲ為スヘク又存ササル義務ナリ之ニ二種アリ、注意義務ト故意義務ナリ前者ハ一定ノ行為ヲ為スヘク注意スル義務ヲ加フルト云フ義ナリ従テ其結果ノ生シタル場合以スシモ義務違反トナルモノテナイ其結果ノ生シタルコトカ注意欠缺即不注意過失ニ基ク民ニ於テノミ義務違反トナルノテアル例ヘハ過失ニ依リテ他人ヲ殺傷スヘカラサル義務ノ如シ、他人ノ殺傷シタル一事ニ依リテ常ニ義務違反ト為ルモノテナイ之レカ確意過失ニ依リテノミ原因トナルノテアル、故意義務トハ故意ヲ以テ一定ノ行為ヲ為スヘカラズル義務ナリ、即チ為スヘカラサル行為ヲ為スモ以スシモ義務違反トナルモノテナイ過失ニ基ク民ト雖モ尚然リ唯故意ヲ以テ為ス場合ニ限リテ義務違反トナルノテアル、我民法ノ解釈上民ノ如キ義務アリヤ否ヤハ一ツノ問題ナリ、然シ乍ラ余ハ我民法ニ於テモ故意ヲ以テ他人ニ損害ヲ加フヘカラスト云フ一般的義務ヘアルモノト解スルノテアル

第三、一般義務、特別義務、

義務ハ其義務者ノ広狭範囲ニ依リテ之ヲ一般義務ト特別義務トニ分ツ、

一般義務トハ総テノ人ノ平等ニ負担スル義務ナリ、例ハ他人ヲ殺傷
入ハカラスト云フ義務他人ノ物ヲ毀損スヘカラスト云フ如キ義務ナ
リ、此ノ義務ハ不作為ヲ内容トスルモノニアル特別義務トハ特別ナ
ル地位ニ有スルモノノミカ負担スル義務ナリ、例ヘハ契約ノ当事者
又ハ不法行為者ト云フ特別ノ地位ニ在ルモノハシカ負担スル所ノモ
ノナルカ故ナリ然シテ此種々ノ内容ハ作為ナルコトアリ又不作為ナ
ルコトアリ

第四、積極義務、消極義務、

積極義務トハ作為ヲ内容トスル義務ニシテ例ヘハ金銭債務ノ如シ消
極義務トハ不作為ヲ内容トスル義務ニシテ例ヘハ一定ノ期日一定ノ
場所ニ於テ一定ノ営業ヲ為サヽルト云フ如キ義務ナリ、

第四節、権利義務ノ発生存在及消滅

第一款　権利義務ノ発生及消滅

権利ノ発生ト云フハ未タ存在セサル権利ノ成立ナリ、而シテ権利ハ主体

ナクシテ存立スルコト得サル故ニ権利ノ発生ハ主体ノ権利取得ヲ意味ス
ルモノナリ、然レトモ権利ノ取得ハ必スシモ権利ノ発生ニ非ス権利ノ取
得ニハ種アリ、権利ノ発生ハ権利ノ承継即チ之ナリ権利ノ発生ハ主観的
ニ観察シテ之ヲ権利ノ原始的取得ト名ツク、
既ニ存在スル他人ノ権利ノ承継ハ権利ノ本質ニ変更ヲ生セサト生スルト
ヲ問ハス権利ノ変更ニ過ヽシテ権利ノ発生ニ非又承継権利ノ発生ニ対シ
テ之ヲ権利ノ継受的取得ト名付ケ、権利発生ノ主ナル原因ハ先占、添附
時効、即両取保等ナリ、後ノ三ツノ場合ニ於テハ権利ノ発生ト同時ニ他
人ノ権利ノ消滅ヲ来スコトアリ、然シテ此ノ場合ニテモ他人ノ権利ノ
承継ニ非スシテ新権利ノ発生ナリ、権利ノ消滅トハ権利カ絶対カ絶対ニ
其存在ヲ失フヲ云フ従テ主観的ニ見レハ権利喪失ノ一種ニ過ギス、権利
喪失ニハ他人カ之ヲ承継スル場合トナキ場合アリ前者ハ権利ノ
変更ニ過ギスシテ相対的喪失又ハ主観的喪失ト称シ後者ハ即チ権利ノ
消滅原因ハ例ヘハ目的物、消滅財産権ノ抛棄債権ニ就テハ弁済ノ如シ他
物権ノ所謂消滅ハ目的物ノ所有者承継ニシテ厳格ナル意味ニ於テ消滅ト

ハ認ムルコトヲ得ス、

第二、絶対ノ存在

権利ノ変更ニハ主体ノ変更ト内容ノ変更トニ種アリ、

主体変更トハ即チ権利ノ承継ニシテ主観的喪失ニ継受的取得トヲ包含スルモノナリ、而シテ之ニハ権利ノ性質ニ変更ヲ生スルモノトト生ズサルモノトニ種アリ、例ヘハ地上権永小作権抵当権ノ如キ他物権ノ設定ハ前者ニ属シ、権利ノ譲渡相続又、而シテ前者ハ之ヲ創設的承継ト云ヘリ、後者ハ移転的承継ト名付ケルノテアル蓋者或ヘ創設的承継ハ承継ニ非ス、シテ新権利ノ発生ナリト説クモノアレトモ余ノ採スル処ニ依レハ従来存在セル権利ノ一部ヲ移転ナリト見ルヘキモノナリト思フ、

権利義務ノ承継ハ之ヲ分ツテ特定承継ト包括承継トニ為スコトヲ得特定承継トハ特定ノ権利ノ義務ノ承継ニシテ包括承継トハ或人ノ有スル権利義務ニシテ移轉シ得ヘキモノ、全部又ハ不特定ノ一部例ヘハ二分一三分ノ一ヲ承継スルコトヲ云フ売買贈与等ニ依リ特定ノ権利ヲ承継スルハ即チ特定承継ナルトモ法律行為ニ依リテ義務ヲ承継スルハ承継当時者ノ自由ナルトモ法律行為ニヨリテ義務ヲ移轉スルコトハ承継当時者ノミニシテ勝手ニナスコトヲ得ス、必ス其義務ニ対スル権利者ノ同意ヲ要スルモノナリ、相続人カ被相続人ノ権利義務ヲ承継シ包括受遺者カ遺言者ノ権利義務ヲ承継シ会社合併ノ場合ニ於テ新会社又ハ存会社カ消滅スル権利義務ヲ承継スル場合之等ハ即チ包括承継ニ属スルノテアル、

何人ト雖モ自己ノ有スル権利ヨリ多クノ権利ヲ他人ニ移轉スルヿハ出来ス云フコトハ羅馬法以来有名ナル格言ニシテ従テ権利ノ承継人ハ被承継人ヨリ大ナル処ノ権利ヲ有スルコトカナリモノテアル権利内容ノ変更トモ云フヘク被利ノ分量又ハ性質ノ変更テアル、例ヘハ成長債務一部弁済ト云フハ分量ノ場合債務履行場所又ハ期間ヲ変更スルハ性質ノ変更テアル然ルニ移動債務ニ条件ヲ附シ又ハ其条件ヲ変更又ハ禁止スルノハ債権債務ノ消滅及ヒ発生ノ原因ニシテ（一五一三）債務不履行ニ依ル格害賠償請求権ノ変体ニ非スシテ新タニ発生シタル独立ノ債権ナリ、

第五節　権利ノ行使義務履行

権利ノ行使トス権利者カ其権利ニ属スル行為ヲ為スコトヲ云フテアル義務ノ履行トハ義務者カナスヘキコトヲ為シ又為スヘカラサルコトヲ為サヽルニ準ヲ云フノテアル権利ハ一面ノ行使ニ依リ直ニ消滅スルモノト引続行使スルコトヲ得ルモノトニ種アリ、義務ニ就テモ同様ニ一面ノ履行行為ニ依リ直チニ消滅スルモノトヽ履行セナケレハナラヌモノトノ二種アリ、権利ノ行使ハ他人ニ損害ヲ及ホシテモ之カ為ニ必スシモ不法トナラヌノテアル、蓋シ権利ハ法ノ許ス処ノ自由ノ範囲ニシテ此ノ範囲内ノ行為ハ法ノ認許スル所テアルカラテアル、然シ乍ラ単ニ他人ヲ害スル目的ヲ以テ権利ヲ行使スルハ不法ノ行為テアルト云ヘサルヿカラス、蓋シ法ハ他人ニ損害ヲ加フルコトヲ唯一ノ目的トスル行為ヲ認許スルノ理由カナイカラテアル故ニ此ノ如キ行為ハ権利ノ行使テアルト称スルトモ所謂権利ノ乱用ニシテ実ハ法ノ認ムル一権利ノ行使テナイ即チ総テノ権利ハ此実ニ於テ其範囲ニ一般的ノ制限ヲ受ケテカルモノナリト断定セネハナラヌ、独民法ニハ六条ハ権利ノ行使ハ単ニ他人ニ損害ヲ加フル目的ナルトキハ之ヲ許サヌト規定セルカ此ノ如キ明文ナキ我カ現行法ノ下ニ於テモ亦同一ノ判断ヲ下スヘキハ当然ノ法理ナリ、

我成規及ヒ請求権ハ裁判外ニ於テ行使スルモ裁判上ニ於テ行使スルモ原則トシテハ自由ナレトモ或種類ノ権利丈ケハ特ニ裁判上ニ限リテ行使スルモ原則トシテハ自由ナレトモ或種類ノ権利丈ケハ特ニ裁判上ニ限リテ行使スルコトヲ認メラレテカル例ヘハ四二四条、八一三条、八六六条等ノ如シ、

権利行使ノ為ニ他人ノ財産身体自由等ヲ制限スル必要アル代ハ口実機関ニ依ルコトヲ要ス、即チ裁判所ニ訴ヘテ勝訴ノ判定ヲ得テ之カ執行ヲセネハネナラヌ、而シテ自力救済ヲ許サルヽ原則トスル唯例外トシテ我民法ハ正当防衛行為（即七二〇ノ一）及ヒ緊急避難行為（七二〇ノ二）此ノ二ツヲ認メテカルノテアル従テ先ツ請求権ノ相手方カ其請求ニ応シテナク場合ニ於テハ請求権者ハ自カヲ以テ其権利ノ満足ヲ受ケルコト カ必要ナイノテアル例ヘハ直チニ口ノ救済ヲ求ムルコト出来サルニ依リ請求ノ実現ヲ不能又ハ至難ナラシムル虞レアリトキ場合ニ於テモ請求権者ハ物ノ收去撤却毀損ヲ為シ又直接アル疑ヒアル義務者ヲ検束シ又ハ義

義務ノ抵抗ヲ排除スルコトハ出来ナイノデアル独逸民法ニハ九条及至二一条ハ之等ノ場合ニ於テモ自力救済ヲ許ス旨ヲ規定シテアルノデアル日本明文ナキ我国民法ニ於テハ同一ニ解スルコトハ困難ノコト、思フ

第六節　権利ノ侵害義務ノ不履行

権利ノ侵害ト云フハ権利ニ属スル他人ノ自由ノ防害ヲ云フノデアル義務ノ違反トハ義務者カ其為スヘキコトヲ為サス為スヘカラサルコトヲ為スヲ云フ故ニ権利ノ侵害ハ他方ヨリ観察スレハ即チ義務ノ違反ニシテ義務ノ違反ハ他方ヨリ観察スレハ即チ権利ノ侵害ト云ハネハナラヌ、然ルニ李吉往々ニシテ之ト異ナル説ヲ立テ法ノ禁止違反スル行為ハ必スシモ権利侵害ニアラスト云フハ今一例ヲ挙ケテ説明セントス即チ甲カ乙ヲ毒殺スル意思ヲ以テ毒物ヲ乙カ飲食セントスル物ノ中ニ投入シタル場合ニ於テ甲ハ飽ニ其義務ニ違反シタルモノナリ、然シテ乙ノ生命権ハハ乙ノ死亡スルコトニ依リ始メテ侵害セルモノニシテ乙ノ死亡ニ至ル迄ハ其権利ノ侵害カナイ即チ義務違反アテモ権利ノ侵害カナキ場合アルモト説ク李吉少シトセス、然シ乍ラ生命権ヲ以テ自己ノ生命ヲ奪フナイトシタル権利ナレハ生命ノ奪ルニ依リテ初メテ生命ヲ奪フヘカラサルヘカラス唯各人ハ故意ヲ以テ殺人結果ヲ生スル如キ行為ヲサケネハナラヌ義務ヲ負フテ居ルシ又各人ノ生命ニ損害ヲナスカ如キ他人ノ行為ヲ排斥スル権利ヲ有スルモノナル故ニ前記ノ場合ニ於テモ甲カ毒殺ノ行為ニ依リテ甲ハ此義務ニ違反シタト同時ニ乙ハ直チニ此権利ヲ侵害セラレタルモノト認メネハナラヌ尊スルニ権利ノ侵害ハ常ニ義務ノ違反ニシテ義務ノ違反ハ常ニ権利ノ侵害ノ発生ヲ要件トシテオルカラ権利侵害カアッテモ未タ実害ヲ生セサル限ハ所謂民法ノ不法行為トハナラス

法律事実

第一、人ノ行為、

人ノ行為ハ必スシモ皆悉ク法律事実デハナイ法律事実タル人ノ行為ハ之ヲ法律的行為ニハ作為ト不作為トニ種アリ法律的行為ト名ツク法律的行為ニハ作為ト不作為トノ二種アリ又戦争行為トハ一般ニ精

シク述フルカ）私法上ノ效果ノ発生ヲ目的トスル私法上意思ノ表示ニ依テ其ノ目的ニ依リテ種々ナル法律上ノ效果ヲ発生セシメタルノテアル不法行為トハ他人ノ权利ヲ侵害スル行為ニシテ損害賠償ノ義務等ノ発生原因テアル、事実行為トスフハ前記再説以外、総テノ行為ヲ指スノテアル、例ヘハ物ノ制作、消費、事務管理等ナリ、人ノ行為ヲ違法行為ト適法行為トニ別ツ事カ出来ルハ実論ナス所ナリ而シテ本者又多ク適法行為ヲ分数シテ权利行為トス故任行為ノ二トス、蓋シ適法行為ハ他ノ禁止スル行為ニシテ权利行為ハ法ノ保護スル行為ニシテ放任行為ハ法カ保護モセス禁止モセサル行為ナリ、然シ乍ラ权利ハ法ノ定ムル各人ノ自由ノ範囲トシタルナラハ法ノ禁止セサル所ハ即チ各人ノ自由行為ニ属スルモノニシテ従テ適法ノ行為ヲ総テ权利行為ナリト解釈セネハナラヌ唯权利行為ノ中ニ其効力ノ薄弱ナルモノアリ即チ权利者ハ其行為ヲ為シ得ルトモ他人ハ又右ノ行為ヲ制限スルノハ行為ヲ為シ得ルヲ法カ認メテヰル場合ナリ、

此ノ如キモノヲ本者特ニ放任行為ト名ツケテオルニ過キス、違法行為トハ法律事実タルモノト然ラサルモノトアリ又適法行為、法律事実タルモノト然ラサルモノトアリ、

不法行為ニシテ且ツ同時ニ不法行為ナルモノヲ得ルナリ、然シ乍ラ法律行為ハ普通ハ不能行為ナルコトナシ、

第二、其他ノ事実

权利義務ノ発生変更又ハ消滅シタル原因ノ事実ハ人ノ行為以外ニ於テ為サレタル事ニ、例ヘハ死亡添附（何レモ人為ニ出ツルモノヲ除ク）時ノ経過、等者往々是等ノ原因ニ基ク权利義務ノ保表変更ヲ法律規定ニ基ク所ノ得喪変更ナリト説明シ、法律事実ヲ分ケテ人ノ行為ハ法律ノ規定トスル如ク説明スルハ正鵠ヲ缺ケル論ナリ蓋シ人ノ行為ニ依リテ权利義務ノ得喪変更ヲ生スルハヤハリ法律ノ規定ニ基クカラテアル

本論

第一編　權利義務ノ主体

第一章　序說

權利義務ハ其歸屬者ナカル可カラス、其歸屬者ハ權利又ハ義務ノ主体ト稱ス、權利義務ノ主体ハ法律上之ヲ人格者又ハ人ト云フ而シテ法律上ノ人ト生物学上ノ人ト其範圍ヲ同ニクセス、即チ本質ノ何タル論セス苟クモ法カ權利義務ノ主体ナリト定メタルモノカ法律上ノ人テアル法ハ萬能ナルカ故ニ如何ナルモノオモ權利義務ノ主体ト定メルコトカ出来ル、然シ乍ラ古来話口ノ法ニ於テ權利義務ノ主体ト認メテ入ルモノハ人ト稱スル一種ノ生物其他若干ノ社会現象テアル而シテ人ト稱スル生物ニシテ法權利義務ノ主体ト認メルモノハ之ヲ自然人ト稱シ又民トシテハ單ニ人ト稱スルノテアル故ニ人ノ言葉ニハ法律上広狹ノ義アリ、二義アルコトヲ注意セネハナラス民法第一編、第一章ニ於テ人ト稱スルハ狹義ニ於テハ人即チ自然人ノミヲ意味シタルナリ、次ニ人ト稱スル生物以外ノ社会現象トシテ法律カ之ヲ權利義務ノ主体ナリト認ムルトキハ法律上之ヲ法人ト稱ス故民法第一編第二章ノ法人トハ即チ此ノ意味ナリ、

權利義務ノ主体ナルコト即チ權利義務ヲ有スルコト權利義務ノ主体トナリ得ルコト即チ權利ノ主体ト為リ得ル法律上ノ地位ヲ或ハ法律上ノ資格ヲ權利能力ト稱シ權利義務ノ主体テアルコトヲ正確ナル意義ニ於テ權利ノ享有ト稱ス、權利義務ヲ有スルモノハ必ス權利能力ヲ有スル者ナレトモ權利義務ヲ有スルコトヲ意味セサルナリ、然シ乍ラ法律カ或者ニ權利能力ヲ與フヘキ常ニ其物ハ之ヲ人格者ナリトシテ人格ニ当然伴フヤリ或ル權利即チ所謂人格權ナルモノヲ附與スルモノテアル故ニ此意味ニ於テハ權利能力ヲ有スルモノハ常ニ或權利ヲ有スル者ナルコトヲ斷定スルコトカ出来ル、

第二章　自然人

第一節　權利能力

第一款　权利能力ノ発生

人类本上ノ人ニシテ法カ权利義務ノ主体ト認ムルモノヲ自然人ト云フ、人类ハ者ヨリ諸口ニ於テ常ニ权利義務ノ主体トハ認メラレシモノニ非ス、例ヘハ奴隷ノ如キ法律上ノ人ニ非ス、然シ乍ラ現今ニ於テハ諸口最早ヤ隷奴ノ制度ヲ認メス人类ハ常ニ法律上ノ人格者ト認メラレテオル、然シ乍ニ之ハ吾人ノ総テノ種类ノ权利義務ヲ有スル能カアルト云フ意味ニアラス、或種类ノ人类ハ或種ノ权利義務ヲ有シ得サルコトハ元ヨリアル例ヘハ女子ノ選挙权ヲ有シ得ス、外口人ハ土地所有权ヲ有シ得サルカ如シ、唯自然科本上ノ人ヲル以上ハ同時ニ必ス法律上ノ人ニシテ即チ人格有シ人格权ヲ有シ受則トシテハ一切ノ权利義務ヲ有シ得ルト云フ意味テアル.

自然人ノ何時始ニハ何時終ルカト云フ問ハ法律上重要ナル問題ニシテ其始期ニ就テハ第一条私权ノ享有ト出生ニ始ルト規定シ之ヲ明ニシテアル元来私权ノ享有ナル事ハ正確ニ解スルハ私权ヲ享有スルコトニシテ之ヲ有シ得ルコトテハナイ、然シ乍ラ之ハ独逸民法ノ权利能カト同一ノ意

味ヲ有スルモノト解スルヲ通説トス又我民法ハ权利享有ハ出生ニ始ルト規定シ独民法第一条ノ如ク出生ノ完了ニ依リテ始マルト書イテナイ、然レトモ出生ニ必要ナル要件ヲ具備スルニ非レハ出生アリト云フコト出来サルヲ以テ特ニ完了ト明言スル必要ナシト思フ、

出生トハ如何ナル事実ナルカニ就テハ本説区々ナルモ通説ハ左ノ要件ヲ具備セサル可カラス.

第一、児ノ生レタル身体ノ全部カ母体外ニ露出シテアルト此点ニ就テハ障碍説、一部露出説、独立呼吸説アレト民法論トシテハ一般ニ排斥セラル、

第二、全部露出ノ瞬間ニ於テ生命アルコト胎児カ死亡シテ生レタル人出生アリタリト云フコトハ出来又従テ权利能カヲ取得スルコトハナイ之ニ反シ全部露出後瞬間タリトモ生命アル人ハ出生カ成立ス其後直ケニ死亡シタルモ人格者ノ死亡ト云フコトニナル、

以上要件ヲ具備スルトキハ生成立スルカ故ニ

A、八二〇条ハ懐胎ヨリ出生マテル迄ノ期間ヲ通常二〇〇日以上三〇〇

○日以下ナリト定メテオルカ尚モ事実上出生アリタルトキハ此ノ期間ノ前後ハ权利能力ノ享有ニ何等ノ影響ヲ及スモノニ非ス、彼ノローマノ古法ニ於テ懐胎後六ケ月経過セサル前ニ生シタルモノハ法律上权利能力ヲ認メスト云フカ如キハ我民法ノ認ムサル所ナリ、

B、独国ノ民法ニ於テハ生児カ単ニ生存シテオルコトヲ以テ足レリトセス、尚将来ニ向ツテ生存スル能力ヲ有スルニ非レハ之ニ权利ニ权利能力ヲ認メスト規定シテオル、然シ乍ラ我民法ハ期ノ如キ雪料ヲ認テオラス、

C、人类ノ懐胎シテ分娩シタルモノテ人权ヲシテオル以上ハ不具ノ程度如何ヲ問ハス人ノ出生ナリ、然シ乍ラ分娩シタルモノカ人权ヲナサヽル民ハ勿論人ノ出生ト云フコトヲ得ス、自然人ノ人格ハ出生ニ依リテ発生シ其以前ニハ权利能力ナイト云フコトヲ原則トスルコトハ前述ノ如シ、サレト胎児ハ何レ近キ将来出生シテ人格ヲ取得スヘキモノナルニ其胎児タル間ヘ何等ノ权利モ享有スル

コトノ出来ナイトシタナラハ種々不合理ナル結果ヲ生ス、例ヘハ胎児ノ父カ死亡シテ胎児ハ其財産ヲ相続スルコハ出来ス財産ハ他人カ权得シテシマウノテアル又胎児ノ父カ他人ニ殺サレタル場合モ胎児ハ民法七一一条ノ規定ニ依リ加害ニ対シ損害賠償ノ請求权ヲ取得スルコトナシ、故ニ諸国ノ民法ニ於テハ成る々胎児ト雖モ其利益ノ為メニハ已ニ生レタルモノト見做スト云フ、例外規定ヲ設ケテオルノテアル是ハ其精神ニ於テハ敢テ不可ナル所ナキモ斯ノ如キ空漠ナル規定ニテハ実際上ノ運用難易ヲ生ス、故ニ我民法ハ其ノ概括的ニ法ヲ採用セスシテ例挙的ニ例外ノ場合ヲ規定セリ下ノ如シ

第一、損害賠償請求权（七二一）

胎児ハ損害賠償ノ請求权ニ就テハ已ニ生ニタルモノト看做ス

従テ懐胎中ニ他人ニハ其身体ヲ毀損セラレタル民又其父カ他ニ殺害セラレタルトキニ於テハ胎児ト云ヘト之ヲ人格者ト看做ス、之ニ損害賠償ノ請求权ヲ認メテオルノテアル、

民法ハ損害賠償ノ請求権トスルヲ其損害カ不法行為ニ因ルモノノミテアルカ又ハ債務不履行ニ因ル損害ヲ包含スルヤ否ヤヲ明カニシナイノテアル、此ノ例外ニ不法行為ノ章中ニ規定シテヤルカ故ニ債務不履行ノ場合ヲ包含セナイノテアル後述ノ例外規定ニヨリ胎児カ債権ヲ有スト認メラルル場合ニハ之カ侵害ニ基ク損害賠償請求権モ亦当然之ニ属スルモノト云ハサルヘカラス、不法行為ニ依リ胎児ノ権利ヲ侵害サレタル場合胎児ニ損害賠償ノ請求カ帰属スル以上ハ胎児ノ出生ヲ俟タスシテ法定代理人カ其請求権ヲ行使スルコトカ出来ル事者或ハ権利ノ行使ハ其出生ヲ俟タネハナラタト云フハ理由ナキコトヽ思フ、然シ乍ラ胎児カ死体ニテ生シタル場合ニハ尚此例外規定ノ適用アリテ否ヤ蓋シ後述ノ例外規定タル九六八、九九三、及一〇六五条等ニ於テハ胎児カ死体ニテ生レタル場合ニハ例外規定ヲ適用セスト特ニ規定シテオルニ除ラスセニ一条ニハ斯ノ如キ明文カナイノテアル、

然シ乍ラ民法前三編（総物、債）ハ後ノ二編（親、相、）ト時ヲ異ニシテ制定公布セラレタルモノナルカ故ニ氏ノ如キ文言上ノ意義ハ法ノ意味ヲ決定スル上ニ於テ左程重要視スヘキモノニ非ス、然ルニ胎児ヲ人格者ト看做スル如キハ早晩人トシテ生レルカ故ニシテ胎児カ死体ニテ生レテ出生ト云フコトカ絶体ニ成立セストシ云フ場合ニハ此例外規定ハ説ケタル根拠カ絶滅シテシマヒ、従テ本章ノ場合ニアリテモ明文ハナイカ他ノ場合ト同シク胎児カ死体ヲ生レタル氏ハ例外規定ヲ適用セスト解スルヲ直説トス

第二、家督相続（九六八）

胎児ハ家督相続ニ就テハ已ニ生シタルモノト看做スノテアル然シモシ胎児カ死体ニテ生レタル場合ニハ氏ノ例外規定ノ適用ナシ換言セハ胎児ハ始メヨリ存在セサリシモノト看做スノテアル

第三、遺産相続（九九三）

ロ、之ガ相続ニ関スル例外規定ハ遺産相続ニ準用セラルルノテアル

第四、遺贈（一〇六五）

前述ノ相続ニ関スル例外規定ハ受遺者ニモ亦準用セラルルノテアル

抑々法律行為ヲ以テ他人ノ為ニ权利ヲ設定シ又ハ他人ニ权利ヲ移譲セントスル場合ニ於テ其权利ノ取得スヘキモノカ权利能力ヲ有セサル代人ハ其法律行為ハ不能目的トスル理由ニ依リ法律上無效ナリト論断セネハナラヌ然テ胎児ニ以テ权利取得者トスル民ニ於テモ若シ例外規定ナカリセハ其法律行為ハ無效トセサルヘカラス、然シ乍ラ民法ハ遺贈ノ場合ニ限リ例外規定ヲ設ケテ特ニ之ニ有効トシテオル蓋シ他ノ法律行為ハ既ニ出生ヲ俟ツテ然ル後之ヲ為スコトヲ得ルカ遺言ノ效力ヲ発スルヤ出来ナイカラテアル、然シ乍ラ遺言ノ場合ト雖モ胎児カ出生スルトスニ至ツテ初メテ权利ヲ取得スルト定メル点ハ他ノ総ベテノ場合ニ於テモ有效ト云ハネハナラヌ又

契約ニ依リテ胎児ニ权利ヲ與フルコト得ルカト云フニ胎児ハ自ラ意思表示ヲナスコト得ス、又未タ人格者ニ非ス、故ニ之ハ法定代理人ナモノナキカ故胎児ヲ当事者トスル契約カ成立スルコトハ出来ヌ、然シ乍ラ胎児ヲ受益者トスル所ノ第三者ノ為ニスル契約ハ無效ナモノテナイ、蓋シ胎児カ出来ルニ至ツテ始メテ权利者ト為ルトスフコトハ法律上可能ナルコトニシテ当時者カ此趣旨ヲ以テ締結シタル契約ハ目的カ可能ナル故ナリ、

第二款　权利能力ノ消滅

权利能力ノ消滅ニハ全部消滅ト一部消滅トノ二ツアリ、全部消滅ハ人格ノ消滅ニシテ其原因トシテハ古来諸説ニ認メタルモノハ左ノ二ツアリ一部ノ消滅ニ至ツテハ特殊ノ权利ヲ享有スルノ能力ヲ失フコトテアリ、法律或正又ハ犯罰ノ創設トシテ生スルコトカアルノテアル、

第一、自然死亡

自然死亡ハ古来何レノ山ニテモ人格消滅ノ原因ト認メナイモノハナイ、我民法ハ亦自然死亡ヲ以テ人格消滅ノ原因ト認メルコトハ諸国ノ民法ト異ルコトナシ、然シ乍ラ明文ヲ以テ直接ニ之ヲ規定スル必要カナイトシテ唯死亡カ相続関係始ノ原因テアル、又婚姻解消ノ原因ナルコトヲ想定シテオルノテアル、然ラハ如何ナル要件カ具備スレハ死亡カ成立スルカ死亡ナルコトハ法律上重要ナル関係ヲ惹起スルコト出セト異ル所ナシ、然シ乍生活現象カ一ニノ細胞ニ就テ消滅シタルコトノミヲ以テ死亡アリトスル得サルハ論ナキ所ナリ

マ身体中ノ全細胞ノ生活現象カ消滅スル為ニ非レハ死亡ニ非ストナスコトモ亦当ナルコトヲ明ナリ、而シテ現今普通ノ見解ニ依レハ呼吸ノ止絶脳髄ノ脊髄ナルコトヲ以テ死亡ノ要件ハ為スカ如シ死亡シタルモノカ蘇生シタル人ハ如何ニ考察スヘキカ此ノ場合ニ於テ一ツノ死亡カアリテ後ニ一ツノ出生カアッタト認ムヘキハナラヌ換言スレハ引続生出シテ居タルモノト解セネハナラヌ要スルニ死亡ト認メタルハ事実ノ誤解ナリ、

第二、法定死亡

ローマ法ニ於テハ人的ノ大減失(2)ト称シ、犯罪ノ制裁トシテ人格ト絶対ニ消滅シテ了フコトヲ認メタルカ、ユスチニアヌス法ニ於テモ自由剥奪ト称シ人格面カ全前ニ於テ権利能カヲ絶対ニ失フヲ奴隷ト為ル場合ヲ認テイタル其他中世以後ニ於テモ尚欧洲諸国ニ於テハ不法行為ノ制裁トシテ人格ノ消滅スル場合ヲ認メテイタ然シ乍ニ現今ニテハ人格者カ生キテ居ル限其人格全部ヲ失フテ了フコトヲ認メナイ然シ乍ラ現今ニ於テモ尚犯罪ノ制裁トシテ権利能カノ一部ノ停止又ハ剥奪ヲ認ムルコトヲ云フコトハアルヤ論ヲ待タス、

実気スルトキハ制定カ認メラレタル人格消滅ノ原因ハ今日我民法上ニ於テハ唯死亡ナルコトノ一ツノミナリ而シテ特定ノ人カ将ニテ亡ニ死亡ハ如何ナル時期ヲ発生シタルヤヲ分明ナラサルコトアリ、之ニテ取特定人間生存シテオルヤ死亡シテオルヤト云フコトハ人ノ権利関係ニ重大ナル影響ヲ及ホスモノナリ、モシ、

此問題ヲ解決セラレサルコト、ナレハ他人ノ权利関係ハ曖昧ニナリテ来ル、例ヘハ夫ノ死亡不分明ナル場合夫カ死亡セル場合ハ婚姻ハ之ニ因リテ解消シテオル故ニ妻ハ再婚スルコトヲ得、モシ夫ノ死亡ダケニ依リテ不分明ナルトキハ妻ハ先ノ日田ヲ承継セラレスシテ再婚姻ヲ認ムル技制ニ於テハ看過スヘカラサル現象ナリ又戸主カ死亡スレハ相続人タルヘキモノカ戸主ノ权利義務ヲ相続シ权利ハ之ヲ行使シ義務ハ之ヲ履行ハ之カ為メ大イニ障害サレ姪々利害関係ニ反ニ迷惑大ナルノミナラス口家経済ニ及ス前ス

又死亡ナルコト、明カナレトモ其死亡ノ時期分明ナラサルトキハ亦ル然ルニ死亡ノ時期ナルコトモ又利害関係人ニ大ナル影響ヲ與フルモノニシテ或ヘカ甲ノ父ニ於テ死亡セリヤ之ノ前ニ死亡セリヤハ或他人カ一定ノ权利義務ヲ有スルヤ有セサル分タル所以ナリ例ヘハ或家ノ戸主カ男子ヲ養子シテ其後之ニ妻スル家サヲ以シ、然ルニ其後ニ全リテ養子ノ生死不分明トナル中ニ戸主死亡シテ養子ハ其後ニ死亡シタルコト分明トナリシカ何時死セリヤ未タ不明ナラサル場合ニ

於テモシ其養子カ戸主ノ死亡シタル前ニ死セリモノトセハ第タル実カ家督相続人トナルノ、テアルトニ反シ之ヲ養子ノ死亡カ戸主ノ死亡ノ後ナル代ハ兄タル所ノ養子カ先ツ家督相続人トナルカ故ニ今養子ノ死亡シタル今日ハ其養子ノ子カナイトシタナラハ九八ニ条ニ依リ家ナメル配偶者カ選定ノ第一順位者タルナリ。正当ノ事由ニ基キ裁判所ノ許可ヲ得ルニ非シハ第ハ兄ノ配偶者タル姉ニ先シテ選定セラルコトカナイノニアル右ノ如ク或人ノ生死又死期ノ不分明ト云フコトハ他人ノ权利関係ヲ不確定ナラシメテ口家経済上ニモ不利益ナル故ニ斯ル場合ニ関シ古来諸口ノ民法ハ種々ト相対的又ハ絶対的ノ推定規定ヲ設ケテオルノ、テアル、即チ　死期ノ不分明ナルモノニ対シテ一定ノ時期ニ死亡シタルモノト推定シテオルノ、テアル、

第一、死亡シタルコト明カナルト其時期ハ分明ナル場合

ロー代ハ先ノ場合ノ推定ヲ規定シテオル、親ト子ノ危険ニ相遇シ共ニ死シタル場合モシ子カ未成年者ナルトキハ親カ先ニ死シテカ代ニ死セシト推定シタシ子カ未成年者ナルトキハ子先ニ死

ニ親役ニ死セント推定ス近世ニテモ佛民法ハ之ヲ採用シ独逸民法ハ数人カ共同ノ危難ニ相遇シ死亡シタルトキハ同時ニ死亡シタルモノトシ英ノ Common Law モ亦此ノ主義ナリ我民法ハ期カル場合ニ関シ何等ノ推定規定ナシ宜シク諸々ノ証拠ニ依リ之ヲ決定スルノ外ナシ、

第二、生死ノ不分明ナルトキ

人ノ生死不分明ニ基ク所ノ他人ノ権利関係ノ不確定ナル状態ヲ除ク為ニ種々ノ規定ヲ設ケルコトハ諸民国法ニ於テ見ル所ナリ然而之ニハ凡ソ二ツノ主義アリ、即チ一ツハ佛民法ノ主義ニテ其死不諾ノ時期ヲ段々ニ分ケテ漸次死亡ノ推定ニ近ク効果ヲ発生セシメタルノテアル、然レトモ決シテ死亡ノ推定ヲ下スコトナキ主義ナリ（一一二一……一四三）此ノ主義ヲ未タ他人ノ権利関係ヲ確定セシムルニ足ラサルヲ以テ我民法ハ之ヲ採用セス、第二ノ主義ハ独民法ノ採用スル所即チ死亡ノ推定ヲ下ス主義ナリ、死亡推定ノ主義ニモ又三種アリ、

甲、不在者カ一定ノ年齢ニ達スルト死亡シタルト推定ス不在ノ期間即チ生死不分明ノ期間ノ長短ヲ問ハナイノデアル。

乙、一定期間生死不分明ナルコトニ依リ死亡ヲ推定ス年令ヲ論セヌノテアル、

丙、以上二種義ヲ折衷シタルモノテ独逸民法ノ規定シタル所ナリ即チ原則トシテハ一定期間生死不明ナルトキ死亡シタルモノト看做スノテアル、然シ尓ラ其不在者ニシテ其失踪ノ当既ニ七〇才以上ノモノナル氏ハ五ケ年間テヨイト云フコトニ一ツテオル

以上諸種ノ主義ノ中我カ民法ハ第二ノ乙ヲ採用シテオル、即チ一定ノ期間生死不明ナルトキハ年令ノ如何ヲ問ハズ死亡ノ推定ヲ下スノテアル、

死亡ノ推定ハ生死不分明テアルコトカ一定ノ期間継続スルコトニ依リ当然ニ生スルモノニ非ス、特ニ失踪ノ宣告ト云フ裁判ハ必要ト今是レニヨリ失踪ノ宣告ノ要件効力及ヒ取消ヲ研究セン、

第一、失踪ノ宣告ノ要件、

A、一定ノ期間生死不分明ナルトキ生死不分明ナルコトハ其人カ生キテオルヤ死セルヤ何人ニモ分明ナラサルコトヲ意味ス、従テ一部ノ人ニモ其生死ノ知ル所ハ生死不分明ト云フヲ得ス、

蓋シ其不分明ハ裁判所ニ於テノミ存スレハ足レリト說クモノアル其人ノ生死不分明ハ一ツノ事實テアル、然シテ裁判所ハ事實ノ認定权ヲ有スルモノナル故生死不分明ナリヤ否ヤハ裁判所ノ認定ニ依タシハナラスケレトモ生死不分明ハ裁判所ニ於テ」ナルコトヲ以テ足ルモノニアラス、裁判所ハ自己生死ヲ知ラサル故ヲ以テ直チニ失踪宣告ヲ為スコトヲ得ス、何人モ生死ヲ知ラサルコトヲ認定シテ初メテ失踪ノ宣告ヲ為スモノテアル

次ニ如何ナル期間生死不明ナルコトヲ要スルヤトノ問題ヲ生ス我民法ハ原則トシテ其期間ヲ七年間トセリ而シテ其

期間ハ生死カ不分明トナリタル日ヨリ起算ス而シテ何人カ最後ニ不在者ヲ見タル日ヨリ起算スヘキモノナルヤ云フカ疑問ナリ（三〇条一項）七年ヲ以テ原則トスレハ是ニハ一ツノ例外アリ即チ戰地ニ臨ミタルモノ沈没シタル船舶中ニ在リタル者其他死亡原因タル危難ニ遭遇シタル者ヲハ戰爭ノ終ル海船ノ沈没後其他ノ危難ノ去リタル後其人ノ生死カ三ケ月間不明ナルトキハ失踪ノ宣告カ出来ルノテアル（三〇条二項）此三年ノ期間ノ起算点ニ関シテモ亦疑義生ス即チ是迄ノ去リタルトキハ船ニテ何人ヲ指スモノナリヤ、例ヘハ青島ノ戰爭ニ於テ参謀某日生死不明トナレリ、此ノ場合ニ於テ三ケ年ノ期間ハ其ノ日ヨリ起算スヘキヤ又ハ青島戰爭終ルノ日ナリヤ將タ又大戰ノ終ルノ日ナルヤ、余ハ戰爭其他ノ危難ノ去リタル後トアレトモ

ソレハ危難中ニ生死不明トナリタル点ハ其不明トナリタル点ヨリ悪等スヘキモノト解スルノテアル、又死亡ノ原因タル危難ナル字句ノ意味モ疑義ナキ能ハス、然レトモ未曾有ノ災震害天災地変ニ限定スヘキニ非ス、勿論爆撃等ノ集合ニ対スル危難ナルコトモ亦必要ナラスト謂セネハナラヌ要スルニ尚モ死亡ノ概念的且自然的ナル原因タル一切ノ事実ヲ包含スルモノト解セネハナラヌ、

B、利害関係人ノ請求アルコト、

人ノ生死カ七年間又ハ三年間分明ナラサル点ト雖モ其人ハ法律上当然死亡シタルモノト推定セラルヽモノテナクシテ利害関係人ノ請求ニ基キ裁判所ノ宣告アルニ依リ初メテ其推定ヲ知ルノテアル而シテ利害関係人トハ其人ノ生死ニ法律的利害ノ関係ヲ有スル人（即三〇条一項）本条ニ於テ本ニ利害関係人ノ請求ニ依リト云ヒ三二条ノ如ク本人ノ文字ヲ加ヘサルニ理由ハ特ニ説明ヲ要セス、然シ乍ラ七、一三

二五万全ニ七条ノ如クニ権利ノ請求権ヲ認メサリシ理由ハ一説明ヲ加ヘネハナラヌ、蓋シ死亡推定ノ制度ハ公益法ヲ目的トスルモノナレハ利害関係人ノ請求ヲ俟タス口実カ之ニ肝要スベキ必要ナシト認メタノテアル、

人ノ生死カ一定ノ期間不分明ナルニ困リ利害係人ヨリ失踪ノ宣告カナカラネハナラヌ失踪トハ踪跡ヲ失フ義ニシテ要スルニ生死不分明ヲ意味スルニ過ギサレトモ民法ニ所謂失踪ノ宣告トハ其効果トシテ失踪者ハ死亡シタルモノト看做ル、故ニ彼民法ノ如ク寧ロ（死亡ノ宣告）ナル言葉ヲ用ニル方宜シト思フ、

II、失踪ノ宣告ニ関スル手続ハ管轄裁判所ニ於テハ人事訴訟法七一条乃ニ項、同一条乃二項及ヒ三項、民訴七六五ノ一、人訴七四条ノニ、

II 申立ノ方法ニ就テ

四ニノニ、同七五

Ⅲ、申立ニ就テ審理及裁判人訴七四ノ二、四五ノ二、民訴七六五ノ二、

Ⅵ、公示催告ニ就テハ民訴七六六、人訴七二、七三、

Ⅴ、裁判ノ宣告民訴七六八、七六九、

Ⅳ、失踪ノ宣告費用

Ⅲ、失踪ノ宣告ニ対スル不服ノ訴民訴七七四ノ二、七七五七七、

第二、失踪ノ宣告ノ効力人訴七七、

失踪ノ宣告ノ効力ハ死亡ノ推定ヲ生スルノテアル、然ラハ失踪ノ宣告ヲ受ケタルモノハ何時ニ死亡シタルモノト推定セラルヤ此ノ点ニ就テ三種アリ、

Ⅰ、不在者ヲ生存シテオル最後ノ証拠ノ存在シタルトキニ死亡シタルモノト推定スル主義即チ或人家出ヲ為シ七年間不分明ナル結果遺ニ失踪ノ宣告ヲ受ケタトシタナラハ其家出ヨリシタル時ニ於テ死亡シタルモノト看做スノテアル又不在者カラ最後ノ音信リシ後法定期間不分明ナリシ為失踪ノ宣告アリシ其ノ場合ハ其最後ノ音信ヲ出シタルトキ死亡シタルモノト看做スノテアル、佛民法モ亦其法系ニ属スル民法ハ此主義ヲ取ル、然シ乍ラ現ニ生存セル証拠アル場合死亡シタリト推定スルコトハ事実ニ違反スル主義ニシテ賛成スルコト得ス我民法モ亦取ラス

Ⅱ、失踪ノ宣告ヲナシタルトキ又ハ宣告ヲ確定シタルトキ死亡シタルモノト推定スル主義ヲアル、死亡法律上ノ推定ハ失踪ノ宣告ノナキ間ニ発生セスル比ノ意味ニ於テ失踪ノ宣告ハ創設的效力ヲ有スルモノナリ、然シ乍ラ之カ為ニ必要的ニ宣告ノ時ヲ以テ死亡ノ時ナリト推定スルコトヲ得ス、然ノミナラス此主義ニ依レハ利害関係人カ失踪ノ宣告ノ申立ヲ為スコトハ[illegible]早キカ遅キカニ因リ死亡ノ時日ヲ異ニスル又或ハ失踪ノ宣告ノ審理ノ規則ニ依リテ死亡ノ時期ヲ異ニスルコトニナル、即チ一ノ此ノ主義ハ死亡ノ時期ヲ偶然ノ時日ニ係ラシムル欠点アリ探

用ニ難シ

Ⅲ、生死ノ不分明ノ法定期間満了時点ニ於テ死亡ト指定スル主義、氏ノ主義ハ才一ノ主義ノ如ク事実ニ渡リ幣ナリスヤニノ主義ノ如ク利害関係人ノ意思又ハ裁判所ノ事務都合等ニ依リテ死亡ノ時点ヲ異ニスル幣ナキヲ以テヨリ　ヲ得タル主義ト云フヘシ此ノ主義ハカクソンノ民法ニ初メテ採用シ独民秋民之ニ倣ヒ（三一条）然ルニ三〇条ニ於テハ七年又ハ三年ト云フ年ヲ以テ法定期間トシテスル故ニ其期間ノ満了時点ハ後ニ説明スル如クニ故民法ニ於テハ常ニ其兼日ノ終ル時点即チ夜半、今時（一一四〇、一四一）デアル保ッテ失踪宣告ヲ受ケタルモノハ常ニ午前零時ニ死亡シタルモノトナル、失踪ノ宣告カ死亡ノ推定ヲ生スルコトハ法律上唯一ノ証拠ナリト云フコトニ非ス生死不分明ナルモノカ或ル時或ル一定時ニ死亡シタルコトハ他ノ方法ヲ以テ立証スルコトカ出来ル、只失踪ノ宣告ヲ受

ケタル者ハ絶対的ニ一定ノ時点ニ於テ死亡シタルモノト看做セラレ其宣告取消前ニ於テハ何人ト雖モ其人カ其時実ニ於テ死亡シタルモノト看做セラレ其宣告取消前ニ於テハ何人トアル析々死亡ハ権利能力ノ絶対的消滅即チ人格ノ消滅ヲ期スノテアル然レトモ失踪ノ宣告ヲ受ケタルモノカ死亡シタルモノト看做ル、所以ハ一切ノ権利能力ヲ消滅セシメ従テ法律関係ニ於テ是ヲ人ト見サルト云フ性質ナリヤ否ヤ換言スレハ絶対ニ人格ヲ喪失セシメテ最早ヤ何等ノ権義ヲ有セシメサル意義ナリヤ、若シ果シテ氏ノ場合ニ不在者ヲシテ対絶ニ人ニ非ストスレハ其不在者カ為シタル犯罪其他ノ不法行為ハ刑法上モ民法上モ何等ノ責任ヲ生セサルコトヽナルノミナラス又其不在者ニ対シテ為シタル他人ノ為シタル犯罪ハ其他ノ行為又ハ法行為ノ権利ヲ侵害シタルモノモ亦之ニ対シテノ犯罪トシテコトヲ得サルナリヤ又法ハ不行為ノ為シタル契約其他ノ

法律行為モ法行行為トシテハ無効ト云ハネハナラヌ、

思フニ失踪ノ宣告ノ效果トシテ生スル所ノ推定ハ真正ノ事実ト一致セスト云フコトカアリ得ルノテアル、即チ不在者ハ其推定時点ニヨリ或ハ早ク或ハ遅ク、或ハ最早死亡ニ或ハ死亡シ或ハ死亡セスシテ現ニ生存スルコトアリ而シテ之等ノ場合ノ中不在者カ推定的ノ時点ヨリモ後ニ死亡シ又ハ当現ニ尚現ニ尚生存シテオル場合ニ推定ノ時以後ニ於テ其人ノ為シタル行為又ハ其人ニ対シテ為シタル行為ハ前除ノ法理ニ依ルトキハ人ノ行為又ハ人ニ対シテ為シタル所ノ行為トシテコ得サルナリ、仰々以民法ハ看做スト云フ場合ハ反証ヲ挙ケテ推定シタル事実ニ異ナル事実ヲ主張マルコトヲ許セト看做ト云フ主業ノ際ハ反証ヲ挙ケテ許サス推定的事実カ法律上ニ於テ絶対的ニ事実ト認メラルヽノテアル而シテ民法三一条ニ於テ死亡シタルモノト看做スト云ツテ推定スト云ハヌ故ニ我民法ノ解釈上失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ハ総テノ関係ニ於テ死亡シタ

ルモノト見做サナケレハナラヌト解スルノテアル即チ或ハ曰ク民法ハ私法ナリ故ニ民法カ死亡シタルモノト看做スルハ民法的法律関係ニ於テノミタリ云フ公法関係ニ於テハ死亡ヲ推ヲスルモノニ非ス、従テ失踪ノ宣告ヲ受ケタル モノ事実尚生存シテ其為シタル犯罪等ノ如キニ就テハ刑法ノ適用アルモノト説ヲノテアル然シ乍ラ民法ハ私法ニシテ私法関係ノミヲ規定スルト云フハ定義的意味ニ於ケル民法ニシテ民法々典ノ中ニハ公法関係ヲ規定シテオルモノ少クナイ従テ別段ノ制限ナキトキハ民法ノ規定ハ公法関係ニモ適用アルモノトシ云ハナケレハナラヌ、現ニ第一条ニ於テ権利ノ享有ト云ハスシテ私権ノ享有ト云フハ遠ニ私権ノ享有ト云フハ一切ノ権利関係ニモ当然適用アルモノト前提シテオルノテアル又第一編第五章婚姻ニ関スル規定ハ私法関係ノミナラス公法関係ニ適用アルコトハ異論ナキ所ナリ、従テ論者ノ如ク民法ノ規定ハ私法関係ノミニ適用アルトスルハ其当ヲ得タルモノト考ヘラレス、我ハ

余ノ知ル所ニ通用アルモノトスル限ハ失踪ノ宣告ヲ受ケタルモノカ罪ヲ犯シテ之ニ対シテ訴追スルコト得ス之ニ対シテ復讐罪モ成立シナイ結果ヲ生シテ甚タ不都合ナリト批難スルモノアレトモ後ニ説明スル如クモシ失踪者ノ宣告ノ効力トシテ生シタル推定カ事実ト附合セサル所アルハ本人又ハ利害関係人ノ請求ニ依リ裁判所ハ失踪宣告ヲ取消スヘキヲ以テ前述ノ如キ行為アルタルトキハ検事ハ利害関係ハトシテ失踪宣告ヲ取消シヲ請求シテ又ハ其責任ヲ問フコトカ出来ル故ニ事実上何等ノ不都合ナシハ又ハ家族ハ私法関係ニ於テモ失踪宣告ノ効果ニ絶対的ニ非ス即チ失踪ノ住所又ハ民所ニ於テノミ死亡推定ノ効力カ生セスト説クモノアリ、然シ乍ラ氏ノ如ク法律関係ニ限定スルヤ明確ナル区別ヲ與フルヲ得ス

第三、失踪ノ宣告ノ取消

失踪ノ宣告ノ効果タル死亡ノ推定カ事実ト附合セサルコトカ明ニナルトキハ其推定ヲ破棄スル方法ナケレハナラヌ之即チ失踪ノ宣告ヲ取消ノ制度ナリ（民三二、八七一、八）元来失踪者ノ宣告カ軍ニ推定ヲ生スルニ過ヌナイトスレハ敢テ取消ノ手段ヲナサナイテモ眞正ノ事実ハ証明スレハ其推定ヲ打破スルコトカ出来ルノ丈アル我旧民法ノ如キニ於テハ不在者現出ニ不在者ニハ音信アリタル時ハ失踪ノ宣告ノ効力ハ当然即時ニ消失スルト規定シテオルノハ即チ失踪ノ宣告ニ絶対的推定カヲ認メスシテ唯相対的ノ推定カヲ認メタルモノデアル之ニ反シテ現行民法ノ失踪宣告ト前述ノ如ク絶対的推定カヲ有スルモノニシテ之ニ対シテ反証ヲ挙ケルヲ許サス唯失踪ノ宣告ノ取消ナル唯一ノ方法ヲ認メ之ニ依リテ初メテ死亡ノ推定ヲ消滅セシムルコトヲ出来ル今是ヲ失踪宣告ノ取消ノ要件及ヒ效力ヲ研究セン

第一、失踪ノ宣告取消要件

(イ)、本人又ハ利害関係者ノ請求

失踪宣告ヲ受ケタルモノカ尚生存シテオルコト又ハ三一、

条ニ定メタルトキハ異ナリタルトキニ死亡シタルコトノ証明アリテモ裁判所ハ職権ヲ以テ失踪ノ宣告ヲ取消スコトハナイノデアル其取消ハ必ズモ本人又ハ利害関係人ノ請求アルコトヲ要ス本人トハ失踪ノ宣告ヲ受ケタル人ヲ云フ失踪者ハ失踪ノ宣告ヲ取消ベコトハナイニアル其取消ハ必ズモ本人又ハ利害関係人ノ請求アルコトヲ要ス本人トハ失踪ノ宣告ヲ受ケタル人ヲ云フ、失踪者ハ失踪ノ取消前ニハ法律上人ニ非ズ而シテ法律上人ニ非サルモノハ取消ノ請求ヲ為ストキニ於テ裁判所カ失踪宣告取消ヲ為スベキモノト認スルコト得サルヲ以テ三ニ余ニ於テ本人ニ代ノ請求権ヲ認ムルハ失踪者ハ人ニ非ズトニフ原則ニ一ツノ例外ヲ認メルモノト解セネバナラヌ、利害関係人トハ失踪ノ宣告ノ取消ニ利害関係ヲ有スルモノヲ総称ス苟モ其取消ニ就テ法律上利益ヲ有スル以上ハ総テ取消ノ請求権ヲ有ス従テ軍ニ取消ニ依リテ権利ヲ取得スルモノノミニ制定サルヲコトハナイノデアル本條ニ於テモ検査ナル文

ロ)ナシ政ニ検事ハ検事トシテ第ニ取消請求権ハナイノデアルカ国家カ利害関係ノ人ナル場合検事又ノ他ノ官吏カ国家機関トシテ失踪宣告ノ取消ノ請求ヲ為スベキナリ、例ハハ失踪者ノ犯罪又ハ失踪者ニ対スル犯罪ノアリタル人ニ起訴ニ先タッテ取消ヲ請求シ得

(ロ)、失踪ノ宣告ヲ受ケタルモノガ出生存シテオルコト又ハ三一条ニ定メタル人ト異ル人ニ死亡シタルコトノ証明アルトキハ此証明ハ勿論ナレト裁判所モ亦自立ニ表示シタル事実又証拠ハ方法ヲ以テ職権ヲ以テ事実ニ関スル探知及ビ必要ハ認ムル証拠調ヲ為サネバナラヌ、(人訴七四ノ二、四六)

(ハ) 失踪ノ宣告ノ取消ハ請求権利者ノ申立ニ依リ裁判所判決ヲ以テ之ヲ為ス、而シ前述(ロ)、(ロ)ノ要件具備スルトキハ裁判所ハ必ズ失踪ノ宣告ヲ為スコトヲ得トアルニ拘ラズ三二条ニ於テハ裁判所ハ失踪宣告ヲ取消スコトヲ要スト規定シテオルコ

トニ因ツテモ明ナリ、蓋シ一人ノ親族モナリ又一文ノ財産ナキニ、ハ外ハ法定ノ期間生死不分明ナリト雖モ之ニ対シテ失踪ノ宣告ヲ為ス実益ナシ、裁判所ハ失踪者ハ如何ナルヲ問ハス又明瞭ナル事実ニ反スル程之ヲ存続スルコトヲ得ス、裁判所ハ自由裁判ノ自由ヲ有タス、

第二、失踪ノ宣告取消ノ効力、

失踪宣告ナル裁判カ取消シタル時ハ如何ナル効果ヲ生スルヤ、意思表示ハ初メカラナカリシモノト看做ル、意思ヲ取消シタル場合其意思表示ハ初メカラナカリシモノト看做ル、ノコトハ一二一条ニ明カニ定ハタリ、然ラハ裁判所ノ裁判モ亦民法ノ原則ノ適用ヲ受クルヤ否ヤ裁判ノ意思表示ニ非ルカ故ニ一二一条ノ適用ハ当然ナテル、然ニ反シテ民法三二条第一項ノ但書及ヒ同条第二項ノ規定ヲ見ルト少クトモ失踪ノ宣告ハ原則トシテハ始メニ遡リニ存在セサリシモノト看做ル、法意ナテル様ナテアル、蓋シ前記ノ但書及ヒ第二項ハ比原則ヲ制限セル規定ナリ、即チ失踪ノ宣告カ取消サレタル後ハ其宣告ハ未タ為サレサルシモノトナルノテアル、

然テ此法律関係ハ失踪ノ宣告ナカリシモノトシテ決定セラル、然シ乍ラ絶対的ニ此ノ原則ヲ以テ総テ法律問題ニ律セントスル時ハ失踪ノ宣告ニ依リテ財産ヲ得タルモノヲ害シ又善意ノ行為者意外ノ不慮ノ損害ヲ蒙ムルコトトナリ延テ社会経済上ニモ悪影響ヲ及スモノナル故我民法ハ右ノ原則ニ対シテ二ツノ例外規定ヲ設ケタリ

民法　上巻　終り

大正十四年五月二十五日印刷
大正十四年六月一日發行（非賣品）
發行兼印刷者　東京市本郷區金助町五拾九番地　響國太郎
印刷所　合資會社　國文社

終